

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DES
INCAPACITÉS
DE
FAIRE UN TESTAMENT

EN
DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Alfred LEGENDRE

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

DIJON

IMPRIMERIE RÉGIONALE

—
1888

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DES
INCAPACITÉS
DE
FAIRE UN TESTAMENT

EN
DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE LE SAMEDI 21 AVRIL 1888, A 2 HEURES ET 1/2

PAR

Alfred LEGENDRE

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

Président : M. RENAULT, professeur.
Suffragants. { MM. LABBÉ } professeurs
 { DEMANTE }
 LE POITTEVIN agrégé

DIJON
IMPRIMERIE RÉGIONALE

1888



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DROIT ROMAIN

DES INCAPACITÉS DE FAIRE UN TESTAMENT

CHAPITRE PREMIER

Origine du Testament à Rome

A Rome, pour faire un testament valable, il fallait avoir reçu, de la loi, la faculté expresse de tester. L'incapacité constituait par suite le droit commun ; l'expression *quibus non est permissum facere testamentum*, mise par les Institutes en tête du titre 12 du livre II, ne laisse aucun doute à ce sujet. Nous devons donc chercher à qui la loi romaine concédait le droit d'avoir un testament, pour connaître les personnes qu'elle laissait en dehors du bénéfice de ses dispositions.

Examinons d'abord quelle fut à Rome l'origine du testament.

§ I. — La propriété collective de la famille a fait obstacle
au testament

Le droit de tester a pour fondement la propriété individuelle ; tant que celle-ci n'existe pas, le testament demeure inconnu. Or, au commencement des sociétés, la propriété n'apparaît le plus souvent que sous la forme collective. Certains peuples ne sont même jamais arrivés à la notion de propriété ; quelques-uns, comme les Tartares et les Germains, la connaissaient pour les meubles, les troupeaux ou les fruits de la terre, et n'en faisaient pas l'application au sol (1). Les Grecs et les Romains faisaient cette application, mais à l'origine, chez eux comme chez les Germains, ce n'était pas l'individu qui était propriétaire, c'était l'être collectif, famille. M. Fustel de Coulanges (2) s'exprime ainsi : « Le champ où
« est le tombeau, où vivent les ancêtres divins, où
« la famille doit à jamais accomplir un culte, n'est
« pas la propriété d'un homme seulement mais
« d'une famille. Ce n'est pas l'individu actuellement

(1) César, *De Bello Gallico*, VI, 22. La propriété de la terre chez les Germains fait l'objet d'une controverse. M. Fustel de Coulanges conteste l'autorité du texte de César et s'appuie sur Tacite (*Germanie* 16) et sur l'ensemble des institutions des Germains pour prouver que ceux-ci connaissaient la propriété du sol. (*Recherches sur les Germains*. — *Académie des sciences morales et politiques*, t. 123 et 124.)

(2) *Cité antique*, livre II, ch. VI.

« vivant qui a établi son droit sur cette terre ;
« c'est le dieu domestique. L'individu ne l'a qu'en
« dépôt, elle appartient à ceux qui sont morts, à
« ceux qui sont à naître. » De cette première manifestation de la propriété sous la forme collective, il résultait qu'un membre d'une famille ne pouvait avoir sur les biens de celle-ci aucun droit absolu de disposition.

Le testament à cette première période des sociétés était donc complètement ignoré. C'est ce que prouvent les coutumes germaines. Même après qu'elles ont connu l'appropriation individuelle, elles ont maintenu le droit de la famille sur les biens de chacun des membres, en faisant obstacle aux aliénations et en repoussant le testament (1).

Si celui-ci s'est développé à Rome, c'est que les droits de la famille, au lieu de se répartir entre les divers membres de celle-ci et d'être exercés également par chacun d'eux, se sont trouvés tous absorbés par la puissance paternelle. Le *paterfamilias* a exercé seul et comme personnels les droits de la famille entière, et l'étendue de ses pouvoirs est devenue la cause d'une évolution de la propriété collective vers la propriété individuelle.

(1) Tacite, *Germanie*, 20.

§ 2. — Evolution vers la propriété individuelle

Comment s'est opérée cette évolution ?

La première organisation que les Romains aient reçue vient de leur religion ; celle-ci consiste dans le culte des ancêtres. Après sa mort, tout homme devient pour sa famille un génie bienfaisant (1) ; on le prie pour qu'il protège sa descendance et favorise ses entreprises ; mais on ne doit pas négliger ses mânes, et pour qu'il accorde sa protection, il faut garder son souvenir et lui faire des sacrifices (2). C'est avec l'assistance de ces divinités domestiques qu'on atteindra le but final qu'on se propose dans la vie, c'est-à-dire assurer la prospérité et la perpétuité de sa famille future.

Les idées religieuses faisaient de ce culte des morts, le fondement de la famille ; les membres de celle-ci n'étaient pas seulement unis entre eux par l'affection et l'origine commune, ils l'étaient surtout par la communauté de culte, et la participation aux mêmes sacrifices. De là, vient que l'enfant émancipé perd, par la mesure qui l'exclut du culte de ses ancêtres, tout lien avec sa famille d'origine (3) ; et que l'enfant adoptif et la femme qui se marie, en acqué-

(1) Cicéron, *De Legibus*, II, 9,

(2) Porphyre, *De Abstinentiâ*, II, 37.

(3) Gaius, III, 2.

rant la participation à un nouveau culte (1), entrent dans une famille à laquelle ne les rattache pas le fait de la génération.

Les lois de la religion devinrent les premières lois civiles : elles reconnaissaient à toute la famille le droit d'invoquer les ancêtres, mais elles mettaient dans les mains d'un seul, du *paterfamilias*, tout l'exercice du culte (2). L'habitude qu'avaient les Romains de tout rapporter à leur culte, fit étendre à toutes les matières, même profanes, les règles religieuses. Le *pater* qui représentait toute la famille en sa qualité de pontife, continua de la représenter dans la vie civile avec les mêmes pouvoirs absolus, et la puissance paternelle, telle que nous la connaissons fut de la sorte établie à Rome.

Après avoir organisé la famille, cette religion servit encore de pivot au régime des fortunes. Les objets nécessaires au culte furent appropriés par la famille et possédés par elle de la même façon que le culte dont ils étaient l'accessoire. Le tombeau des ancêtres, première forme de la propriété foncière, et le foyer sur lequel se font les sacrifices, n'appartiennent pas à tel ou tel membre de la famille, mais à tous collectivement. Autour du foyer, toute la famille se groupe, et le sol qu'elle occupe, participe au même caractère sacré et au même régime que le tombeau et le foyer.

(1) Cicéron, *Pro Domo*, 13.

(2) Varron, VII, 88.

La surveillance, l'administration, la direction et tout ce qui compose le droit du propriétaire est, comme le culte lui-même, au mains du *pater*.

Il en est également ainsi des objets mobiliers (1).

L'habitation de la famille et la plupart des objets nécessaires à la vie, tombant sous prétexte de culte, sous la domination du *pater*, celui-ci ne tarda pas à étendre son pouvoir sur les champs, les récoltes, et tout ce qui pouvait constituer le patrimoine profane ou sacré de la famille.

En résumé on trouve un droit de toute la famille sur les biens, comme cela nous est révélé par certaines locutions restées usuelles à l'époque classique, *heres suus*, *necessarius* (2), et l'exercice de ces droits par le *paterfamilias* seul. Le *paterfamilias* n'était pas un simple administrateur des biens de la famille, il tenait son droit de la religion, et ses pouvoirs sur le patrimoine étaient aussi absolus que ceux qu'ils possédait à titre de pontife. Cette réunion des droits de tous dans les mains d'un seul a donné le modèle de la propriété individuelle.

Le *pater* n'avait au-dessus de lui que l'état, c'est-à-dire l'association des diverses familles composant la cité, et toutes représentées par leur chef respectif.

(1) (Fustel de Coulanges, *Cité antique*, ch. VI, p. 76.)

(2) Inst., II, 19, 2. *Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt, et vivo quoque patre quodammodo domini existimantur.* Et Inst., III, 1, 3. *Et statim morte parentis quasi continuatur dominium.*

Mais ce droit de l'état était, moins le droit d'un supérieur sur un inférieur, qu'un contrôle de la société sur les actes des associés. Pour maintenir l'unité et ne pas compromettre par des révolutions intérieures les progrès de la patrie, ces chefs veillaient au maintien dans les familles de l'état de choses sur lequel la cité était fondée ; ils garantissaient au père son pouvoir sur sa famille, et défendaient les droits de la famille, contre les abus du père. Il en résultait que si puissant que fut le *pater*, les traditions le dominaient toujours (1).

La religion eut aussi son influence sur les règles de succession. La propriété d'une famille étant liée à son culte, le culte ne devait pas être séparé, à la mort du *paterfamilias*, de la propriété : *hoc uno posito, hæc jura pontificum auctoritate consecuta sunt, ut ne morte patrisfamilias, sacrorum memoria occideret, iis essent ea adjuncta, ad quos ejusdem morte pecunia venerit* (2). A l'époque de Cicéron, les *sacra* n'étaient plus dans les hérédités qu'une charge très lourde pour l'héritier ; l'affaiblissement du sentiment religieux avait fait perdre de vue leur ancienne importance, et il est bien permis de supposer que les pontifes, en décidant que les *sacra* seraient à la charge de celui qui aurait

(1) Cette intervention du peuple se manifeste dans certains actes qui intéressent la famille au plus haut point : l'adrogation, le testament (du moins à l'origine), (Gaius, I, § 99 ; et Aulu-Gelle, XV, 27.)

(2) Cicéron, *De Legibus*, II, § 19.

le bénéfice pécuniaire de l'hérédité, n'ont pas prétendu faire une innovation qui aurait été trop peu en rapport avec l'esprit de leur temps. Ils ont voulu, au contraire, maintenir les vieilles traditions religieuses, et sanctionner à nouveau l'ancienne relation du culte avec la propriété.

Mais cette décision des pontifes d'imposer les *sacra* à l'héritier principal, au légataire qui recueille à lui seul plus que les héritiers institués réunis, ou même au créancier qui a obtenu en remboursement de sa créance la plus grande partie de l'actif d'une succession non acceptée, ne peut se comprendre que si autrefois les biens étaient inséparables du culte et ne se transmettaient qu'avec lui. D'où l'on peut tirer la conclusion, que la religion ayant participé à l'organisation de la propriété chez les Romains, c'est elle également qui a donné ses règles à la transmission des biens, et non pas celle-ci qui a servi de modèle à la transmission des *sacra*. Il est vrai que, dans le texte de Cicéron, les pontifes attribuent les *sacra* à l'héritier principal comme une charge accessoire de son institution; alors qu'autrefois l'héritier n'avait droit aux biens que parce qu'il avait les *sacra*. Mais les pontifes ont subi en cela l'influence de leur époque, qui avait fait du patrimoine l'objet principal de l'hérédité.

§ 3. — **La succession légitime a précédé le testament.**

Les successions ont-elles été d'abord testamentaires ou *ab intestat* ?

Suivant une première opinion soutenue notamment par M. Maynz (1), les premières successions furent testamentaires. Dans cette opinion on raisonne ainsi : Prétendre que la succession légale a précédé le testament, c'est reconnaître qu'il a existé un droit de copropriété de la famille sur les biens du *paterfamilias*, et M. Maynz ne peut pas admettre qu'on attribue « un droit de copropriété à des individus qui, non-seulement sont déclarés incapables « de rien avoir à eux, mais qui appartiennent en « propre au *paterfamilias*, à telle enseigne qu'il peut « en disposer comme de ses esclaves ou de ses bétailiaux ; » — Ce serait en second lieu, supposer une irrégularité et une inconséquence dans la marche historique du droit d'hérédité : On trouverait, en effet à l'origine, la famille propriétaire de tous les biens détenus par le chef, lequel est tenu de les conserver pour les remettre fidèlement après sa mort, à ceux qu'il a représentés dans sa vie ; et tout à coup cet ordre de chose serait violemment renversé et remplacé par un régime tout opposé, où l'ancien régisseur

(1) T. 3, n° 443.

devient le maître absolu du patrimoine commun. La loi des XII Tables dit, en effet : « *Paterfamilias uti super familia pecuniaque sua legassit, ita jus esto,* » sans faire aucune restriction rappelant l'ancien régime de la communauté. Puis, quatre siècles plus tard, par un retour à l'ancien système, le préteur et les constitutions impériales seraient revenus à l'idée de propriété collective de la famille, en instituant des mesures en faveur de celle-ci. Ces procédés par sauts et par retours en arrière sont en contradiction avec la marche sagement et continuellement progressive du droit romain. En disant, au contraire, que le testament a coexisté dès l'origine avec la propriété individuelle, on est d'accord avec la loi des XII Tables ; et les modifications apportées par le préteur et les empereurs au droit de disposer, apparaissent dans un ordre logique.

Néanmoins, nous soutiendrons que le testament est chronologiquement postérieur aux hérédités *ab intestat*. Avant d'avoir les biens pour objet principal, les hérédités portaient, en effet, sur le culte ; les règles religieuses devaient donc les régir. Un certain ordre de dévolution était prescrit auquel à l'origine on ne pouvait pas déroger. Ce caractère obligatoire de l'hérédité légitime apparaît précisément dans la première exception qui y fut apportée : le testament *calatis comitiis*. Il pouvait arriver que le chef actuel de la famille eut des raisons de craindre, que celui qui devait

lui succéder dans ses fonctions de prêtre, ne remplit pas suffisamment ses devoirs ; il fallait donc lui permettre, en cas de juste cause, de protéger son culte, en écartant par avance ce successeur indigne. Mais comme le maintien du culte domestique, intimement lié au maintien de la famille, intéressait toute la cité, le *pater*, qui voulait changer l'ordre des successions, devait s'adresser à la réunion des chefs de famille, et faire approuver par eux les modifications qu'il apportait à cet ordre. Pour cela, les comices par curies étaient spécialement convoqués : on les mettait au courant du projet de modification, et une discussion avait lieu comme sur tout projet de loi ; elle portait probablement sur les intentions qui faisaient agir le *pater*, et sur les inconvénients ou avantages qui pourraient en résulter pour la cité. Les pontifes avaient d'abord à donner leur avis sur le point de savoir si les auspices étaient favorables à la réunion. Ils pouvaient, en les déclarant non favorables, empêcher celle-ci de se tenir et repousser sans discussion le projet qui leur paraissait contraire aux intérêts religieux ou politiques de la cité. *Nam comitia arbitris pontificibus præbentur quæ curiata appellantur* (1). On passait ensuite à l'examen du projet et au vote.

On a contesté le droit du peuple de délibérer réellement, prétendant qu'il n'avait qu'à donner acte des

(1) Aulu-Gelle, 5. § 19.

volontés du testateur. Cela, il est vrai, s'est produit quand les curies étaient représentées par trente licteurs ; mais on ne peut pas supposer, qu'à l'origine, on ait fait une réunion spéciale de tout le peuple pour lui faire simplement enregistrer un acte. Le testament n'était pas considéré comme moins important que l'adrogation, avec laquelle il n'était pas sans quelque rapport ; or, nous savons que, pour celle-ci, il y avait une enquête et une véritable délibération dans les comices par curies (1).

Si donc la réunion n'était pas d'avis d'admettre les modifications, proposées, le testament était repoussé. S'il était admis, il devenait loi *Curiate* et tirait toute sa valeur, non pas de la volonté du *pater*, qui n'avait fait que présenter un projet, mais de l'autorité de la loi, rendue avec tout l'appareil religieux (2). Ce moyen était le seul qui fut permis aux chefs de famille pour échapper à la rigueur des règles successorales. Or, comment voir un droit de tester du père de famille, dans un acte qu'il ne dépend pas de lui de rendre exécutoire ?

De plus, les comices ne se réunissaient que deux fois par an (3) ; et en supposant même que le droit de tester eût été libre, le fait de ne pas être constamment à la portée de chacun, aurait ôté au testa-

(1) Aulu-Gelle, V, 19; Gaius, I, § 99; Cicéron, *Pro Domo*.

(2) Gaius, II, § 101, Aulu-Gelle, 15, 27

(3) Gaius. II, § 101. Théophile, *Inst.*, II, 10, § 1.

ment beaucoup de son caractère pratique. On avait bien inventé le testament *in procinctu*, mais outre qu'il n'a dû apparaître qu'assez tard, quand la délibération des comices n'avait plus lieu, il n'était pas non plus à la disposition permanente du testateur. Le testament *in procinctu* se faisait devant l'armée rangée en bataille, et l'on pouvait être à la fois en paix, et loin de l'époque à laquelle se réunissaient les comices. Théophile (1) nous dit que ce fût l'impossibilité d'avoir toujours à sa disposition l'un ou l'autre de ces testaments, qui fit adopter la troisième forme *per æs et libram*.

Enfin, que signifient les expressions *heres suus*, *heres necessarius*, si l'on n'admet pas qu'il y ait eu à l'origine une copropriété de la famille, et une impossibilité, d'une part, pour le père, de deshériter ses enfants, et de l'autre, pour les enfants, de se refuser à continuer le culte des ancêtres. Les Institutes ne disent-elles pas : *Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt, et vivo quoque patre quodammodo domini existimantur* (2). On peut encore argumenter par analogie de ce qui se passait en Grèce, où d'après Plutarque (3), le testament n'existait pas avant Solon. Ce législateur même n'accorda la faculté de tester qu'aux Athé-

(1) II, 10, § 1.

(2) L. II, t. XIX, § 2.

(3) Solon. XL.

niens sans enfants. A l'argument tiré du retour en arrière que semblerait indiquer la législation préto-rienne et celle impériale, nous répondrons que si l'effet des mesures prises a été de revenir en arrière, le principe mis en œuvre a été tout différent. A la première époque, le droit de disposer à cause de mort n'existe pas, car on ne reconnaît pas au propriétaire un droit exclusif à son patrimoine. Plus tard ce droit est reconnu, mais le préteur limite le droit de disposition, non pas par suite de la reconnaissance d'une copropriété des enfants, mais pour empêcher le *paterfamilias* de se délier trop légèrement des obligations qui lui incombent par le fait de la procréation. Il n'y a donc aucune incohérence dans une pareille suite d'événements.

CHAPITRE II

§ I. — Le testament prend naissance

L'inexistence du testament se trouvant ainsi établie pour cette première époque, voyons maintenant comment il s'introduisit et prit le pas sur les successions légales.

Cette évolution dût se faire lorsque les biens de la famille cessèrent de se confondre avec le culte lui-même. Tout le temps que les biens conservèrent leur caractère religieux, la famille qui prenait une part effective au culte, maintenait sur eux son droit de copropriété ; mais quand ils en devinrent distincts, le père seul prit part à leur administration, et ses pouvoirs presque absolus anéantirent complètement le droit de la famille. Un obstacle restait encore, la succession traditionnelle ; le testament *calatis comitiis* permit de le tourner. Il fallait, pour changer l'ordre des successions, l'approbation des comices ; comme ceux-ci étaient composés de tous les chefs de famille, ils acceptèrent, par suite de concessions réciproques,

toutes les propositions, et le vote du testament devint une pure formalité. Alors le testament était créé. On obvia à l'inconvénient d'être obligé de réunir les comices, en faisant jouer le rôle de ceux-ci à trente licteurs représentant les trente curies. On créa également le testament *in procinctu*, où l'armée remplace l'assemblée du peuple, mais n'intervient que comme témoin.

En somme, il y avait aux premiers temps de Rome, une règle de succession uniforme, fixée par la tradition, et qui tenait compte des anciens droits de la famille; et d'un autre côté la loi permettait dans certains cas et sous certaines conditions d'y déroger.

§. II. — Extension progressive du droit de tester

Une pareille législation ne pouvait convenir qu'à l'association religieuse qui formait le noyau de la cité; elle laissait entièrement de côté, outre les étrangers, la masse des plébéiens, qui, habitant le territoire, étaient exclus de la cité juridique, ou n'y pouvaient entrer qu'à titre de clients. Cette masse sans loi et sans organisation, nécessaire à la cité dont elle formait les armées, imposa à la longue sa volonté aux patriciens et les força à leur reconnaître des droits. Déjà Servius Tullius avait admis la plèbe au partage des territoires pris sur l'ennemi (1), il avait publié des lois qui en

(1) Tite-Live, I. 47. — Denys, IV. 13.

réglant les rapports entre patriciens et plébéiens, avaient soustrait ceux-ci à l'arbitraire des patriciens (1). Il avait fait surtout rentrer les plébéiens dans sa nouvelle division de la population en tribus urbaines et rurales, en classes et centuries, et leur avait donné, par cette organisation, une certaine importance politique. Mais le droit privé leur faisait encore défaut, il était l'objet de la réclamation perpétuelle des tribuns de la plèbe (2), et ce fut pour celle-ci surtout et dans son intérêt, qu'on rédigea la loi des XII Tables.

Les plébéiens n'avaient pas de culte de famille se rattachant à celui de la cité et, par conséquent, pas de règles de succession reconnues. Le testament ne leur était pas permis, car ils n'avaient pas l'entrée des comices par curies. Tout était donc à créer : la loi leur appliqua l'organisation de famille, et toutes les règles civiles que les patriciens tiraient de la religion. Pour leur étendre le pouvoir de tester, il fallut modifier les formes du testament. Une loi *Curiate* pouvait seule jusque-là instituer un héritier ; les plébéiens ne pouvant participer à une telle loi, on leur permit de remplacer l'institution par une vente de leur patrimoine, cette vente n'avait effet qu'à la mort de l'aliénateur.

Par cette extension, le testament passa de l'ordre religieux dans les actes de l'ordre civil. A l'origine le

(1) Denys IV, 43.

(2) Denys X, 3 et 4.

culte était le seul objet du testament, et voici que, les préoccupations économiques prenant le pas sur les idées religieuses, le patrimoine occupe la première place, même chez les patriciens, et les pontifes sont obligés de veiller à ce que les *sacra* ne soient pas délaissés par l'héritier (1).

§ 3. — **Modifications successives apportées à la forme du testament.**

Ce changement, dans le principe, amena la loi à étendre chaque jour d'avantage la capacité de tester. De nouvelles modifications dans la forme du testament rendirent ce dernier d'un usage plus général. Sous les deux formes que nous venons de voir, le testament n'était pas révocable au gré de son auteur ; fait *calatis comitiis*, il fallait pour le révoquer une autre loi *Curiate*, *sacrorum detestatio* ; fait *per æs et libram*, il fallait le consentement de l'héritier. Un autre inconvénient était de ne pouvoir garder secrètes ses dispositions testamentaires. De plus, la mancipation étant impossible entre un père et les personnes soumises à sa puissance, le fils ni l'esclave ne pouvaient être institués dans cette forme.

On remplaça l'héritier, dans le rôle d'acqureur, par un tiers quelconque. Celui-ci prononce les paroles

(1) Cicéron, *De Legibus*, II, 19.

de la mancipation, sans savoir ce que contient le testament, et ensuite, le testateur dit aux témoins que l'écrit qu'il leur présente est son testament (*testamenti nuncupatio* (1). — Réduite à une fiction, la mancipation n'avait plus raison d'être ; aussi, le prêteur décide qu'il donnera la *bonorum possessio*, en vertu de tout testament écrit, fait en présence de sept témoins ayant mis leur cachet sur l'acte (2). — A côté du testament *per aes et libram* qui exigeait un écrit, le droit civil admettait aussi le testament verbal ou nuncupatif, lequel se faisait en présence de sept témoins, et sans autre formalité que l'énonciation publique de ses dernières volontés par le testateur (3).

En l'an 439, Théodose le jeune et Valentinien III, organisent le testament tripartite, qui remplace toutes les autres formes, sauf le testament nuncupatif qui est conservé : le testateur présente son testament à sept témoins et le signe devant eux, s'il ne sait pas signer on prend un huitième témoin. Les témoins mettent alors leur signature au bas de l'acte et leur cachet à l'extérieur. Toutes ces formalités doivent être faites dans un seul trait de temps (4). A chaque nouvelle forme correspond l'extension du testament à un plus grand nombre de personnes.

(1) Gaius, II, § 102, 103, 104.

(2) Gaius, II, § 119. L. 2. C. — 6. 11 ;

(3) L. 21, pr. D., 28, 1. ; L. 29. C. — 6. 23.

(4) L. 21. C. 6, 23.

§ 4. — Nature du testament à Rome.

Le testament a joui d'une grande faveur à Rome ; mais on ne doit pas oublier qu'il ne fut à l'origine, comme les formes du testament *calatis comitiis* nous ont servi à le démontrer, qu'un moyen exceptionnel, donné dans certains cas et sous certaines conditions au *paterfamilias*, de soustraire son hérité à la succession légale. Pour renverser celle-ci, il ne fallait pas moins que l'autorité de l'Etat, chargé de conserver les traditions religieuses et les institutions ; or, si en matière de testament le contrôle de l'Etat est devenu illusoire, c'est que ce dernier avait délégué à chacun de ses membres le pouvoir qui lui appartenait de rompre avec la tradition. La loi des XII Tables ne créa pas le testament comme institution ; elle laissa seulement à tout citoyen le droit d'apprécier lui-même les modifications qu'il jugeait nécessaire d'apporter aux règles de succession. Le testament reste donc une dérogation à la tradition, à la loi, et en le faisant, c'est une partie de la puissance législative qu'on exerce. L'acte qui change l'ordre consacré par la loi, est un acte de droit public, *testamenti factio non privati sed publici juris est* (1). Le testateur est à la fois législateur, *legem testamento dicere* (2). Exercer la puis-

(1) Papinien, 3, 28, 1,

(2) Paul, 14, 28, 1.

sance publique, déroger à une loi, sont des droits qui ne peuvent pas appartenir à tout le monde; ils ont leur principe dans la souveraineté de l'Etat, et n'existeront que pour ceux qui en auront obtenu la concession de la loi. Donc, il ne suffit pas d'être propriétaire, il faut en outre, pour être capable de tester, qu'on soit déclaré tel par les termes exprès de la loi: *Non tamen omnibus licet facere testamentum* (1).

(1) Inst. II, 12, pr.

CHAPITRE III

Capacité de tester

La capacité de tester, ou d'être institué héritier par testament, s'appelle *factio testamenti* (1); *factio testamenti activa* dans le premier cas, disent les interprètes, *factio testamenti passiva* dans le second. Les Institutes (2), nous disent que l'héritier institué doit avoir la *factio testamenti* avec le testateur. Cette expression, appliquée à un acte unilatéral comme le testament, semble bizarre ; aussi faut-il remonter, pour la comprendre à l'époque où le testament *per aes et libram* était un véritable contrat, et nécessitait le concours effectif du testateur et de l'héritier réel. La *factio testamenti* est de droit public (3), il faut l'avoir reçue expressément de la loi pour en jouir ; ne pourront donc tester ou être institués par testament, que ceux aux

(1) Gaius, II, 114. — Inst. II, 19, 4.

(2) II, 19, 4.

(3) L. 3, 28, 1. — Inst. pr. II, 12.

quels la loi en accorde la capacité. Mais tous ceux qui ont la *factio testamenti* ne sont pas toujours aptes à en profiter : pour faire un testament il faut la capacité de droit, mais il faut aussi que rien ne mette obstacle à l'exercice du droit. Il y a donc une capacité de droit, et une capacité de fait. Il faut posséder la première à l'époque de la rédaction du testament, et ne pas la perdre jusqu'au jour de la mort, sans cela le testament perdrait toute sa valeur, il serait *irritum* ; la seconde au contraire, n'est nécessaire qu'à l'époque de sa confection (1).

Les lois romaines concèdent la capacité de tester au *paterfamilias*, ce qui suppose les qualités de *sui juris* et de citoyen. N'auront donc pas la capacité de droit de faire un testament : 1° les esclaves ; 2° les captifs ; 3° les fils de famille ; parceque ces personnes ne sont pas *sui juris* ; 4° les pérégrins, latins juniens et déditices, parce qu'ils ne sont pas citoyens ; 5° les femmes n'exerçant pas la *patria potestas*, furent assez longtemps privées du droit de tester ; enfin des lois spéciales créèrent une incapacité pour les *intestabiles*. Ces personnes n'ont pas la *factio testamenti*, et le fait de tomber de l'état de capacité dans une de ces catégories d'individus, non-seulement fait perdre la *factio testamenti* pour l'avenir, mais encore elle la fait perdre dans le passé, puisqu'on annule le tes-

(1) Inst. II, 12, § 1, 2, 3 ; L. 6, § 1, 28, 1.

tament déjà fait. Toute *capitis deminutio* rend en effet le testament *irritum* (1). Il y a exception pour le captif, et dans certains cas pour le *filiusfamilias* et le condamné (2).

Ne peuvent pas tester, quoique étant capables d'avoir un testament : 1° les impubères ; 2° les fous ; 3° les prodigues interdits ; 4° les sourds, les muets, les aveugles ; 5° les personnes qui ignorent leur capacité.

(1) Inst. II, 17, § 4.

(2) Inst. II, 17, § 6.

CHAPITRE IV

Incapables par défaut de la capacité de droit.

§ I. — Esclaves.

Au premier rang des incapables nous trouvons les esclaves. Les esclaves ne sont ni citoyens, ni *sui juris*, ils n'ont donc ni *sacra*, ni patrimoine; ils ne s'appartiennent pas eux-mêmes, leur corps, le produit de leur travail, tout appartient à leur maître; il est donc impossible de concevoir pour eux l'idée d'un testament ou d'une hérédité. Ne possédant rien, n'étant sujets d'aucun droit, ils ne peuvent rien transmettre.

On voit cependant des esclaves jouer un rôle dans les hérédités; ils peuvent être institués héritiers ou nommés légataires, mais ils ne profitent pas eux-mêmes de leur institution, tout va à leur maître, pour lequel ils ne sont qu'un instrument d'acquisition.

Au point de vue actif, ils ne sauraient jouer aucun rôle dans une hérédité testamentaire, même comme instrument d'aliénation du maître. L'esclave cependant, qui a obtenu l'administration d'un pécule, voit sa capacité s'étendre à tous les actes de gestion nécessaires à la prospérité de ce pécule. En conséquence, les obligations qu'il contracte dans ce but, et les aliénations qu'il consent, sont opposables au maître, car par la concession du pécule, le maître a été censé lui donner ordre de faire tous les actes qui en concernaient la gestion. Mais la capacité de l'esclave est limitée, pour les aliénations, à celles qui rentrent dans l'administration (1). Toutes les aliénations gratuites demeurent donc prohibées ; on ne confie pas, en effet, un pécule à quelqu'un pour qu'il le diminue. *Filius-familias donare non potest, neque si liberam peculii administrationem habeat; non enim ad hoc ei conceditur ut perdat* (2). Aussi la fidéjussion, le pacte *de non petendo*, etc., sont opposables au maître, quand ils ont été faits dans l'intérêt du pécule ; mais si ce sont des mesures gracieuses de la part de l'esclave, le maître peut se refuser à exécuter l'obligation (3).

Ces règles, qui défendent au concessionnaire d'un pécule de disposer à titre gratuit, sont communes à l'esclave et au fils de famille. Mais, pour ce dernier, il

(1) L. 28, § 2, 2, 14; L. 1, § 1.-20, 3; — L. 8, § 5.-20, 6; — L. 52 § 26.-47, 2.

(2) L. 7, pr. 39, 5.

(3) L. 3, § 5. — 15. 1.; L. 19. — 46, 1.

existe une exception: le fils peut faire une donation avec le consentement exprès du père. *Item videamus si quis filiofamilias liberam peculii administrationem concesserit, ut nominatim adjiceret, sic se et concedere, ut donare quoque possit: an locum habeat donatio? Et non dubito, donare quoque eum posse* (1). Pour l'esclave, les textes ne disent pas qu'il puisse jamais être autorisé à disposer à titre gratuit. Cette différence tient à deux points: 1° la relation qu'établit entre le disposant et le bénéficiaire tout acte de bienfaisance; et 2° la condition différente du fils de famille et de l'esclave. Le fils de famille est une personne; il tient son rang dans la cité, on pourra donc, sans honte, être tenu envers lui des devoirs de la reconnaissance. Si le père consent à aliéner ses biens, pour permettre à son fils de devenir, avec son pécule, le bienfaiteur de quelqu'un, aucune règle sociale ne s'opposera à sa volonté.

L'esclave, au contraire, n'a pas de personnalité, *quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur* (2). Ses actes sont considérés comme faits par le maître lui-même; il n'est que l'instrument par lequel celui-ci devient vendeur ou acquéreur. Ces qualités ne reposent pas un moment sur sa tête, quoique cependant le profit du contrat lui soit laissé. De même, quand le maître veut faire une donation, il peut employer son esclave

(1) L. 7, § 2. — 39, 5.

(2) L. 32. — 50, 17.

à la livraison des choses données, mais ce n'est pas l'esclave qui sera donateur. La donation n'est, en effet, d'aucun profit pour le pécule, et ne rentre pas dans les pouvoirs d'un administrateur. Quant à la volonté du maître, elle ne fera pas, qu'un être aussi vil qu'un esclave, acquiert des droits à la reconnaissance d'un homme libre. Si l'esclave ne peut pas donner, même avec l'autorisation de son maître, à plus forte raison ne pourra-t-il pas tester. Le testament est un acte du droit public, réservé au *paterfamilias*, et que celui-ci ne peut pas déléguer. D'ailleurs, si la loi 7.-39.5. permet au fils de donner, la loi 6.-28.1. lui défend de tester, *quamvis pater ei permittat*. Si donc le fils, dont le pouvoir de disposer est plus grand que celui de l'esclave, ne peut pas tester, l'esclave ne le pourra pas non plus (1).

Un texte de Pline le jeune semble en contradiction avec ce que nous venons d'avancer (2). Pline s'exprime ainsi : *Permitto servis quoque quasi testamenta facere, eaque ut legitima custodio..... Dividunt, donant relinquunt duntaxat intra domum. Nam servis respublica quædam et quasi civitas domus est*. Si donc, dira-t-on, Pline permettait à ses esclaves de faire des testaments, et attribuait à ceux-ci la même valeur que s'ils eussent été légitimes, c'est que la permission du maître suffisait pour donner à l'esclave la capacité de tester ; par

(1) L. 19. — 28, 1.

(2) *Epistolæ*, VIII, 16.

conséquent, est mauvaise toute opinion qui refuse de reconnaître cette capacité, quand le maître a donné son consentement. Mais la seconde phrase de ce texte vient considérablement réduire l'importance qu'on en pourrait tirer contre nous. « Les esclaves partagent, donnent, laissent mais seulement *intra domum* », c'est-à-dire aux autres esclaves du même maître. Le testament ainsi fait, ne lèse en rien les intérêts du maître; aucune partie du pécule légué ne sort de son patrimoine, les *res peculiares* changent seulement de concessionnaire, le *dominium* n'a pas changé.

Cette permission de tester donnée par Pline à ses esclaves n'a donc aucune importance juridique; c'est une simple mesure d'humanité qu'il a prise envers eux, pour leur faire sembler moins dure la servitude. En réalité, les droits qu'il laisse à ses esclaves et les apparences de cité qu'il donne à sa *domus*, ne sont qu'une illusion.

Esclaves sans maîtres et servi publici.

Certains esclaves sont dans une situation particulière, ils ne sont la propriété de personne : ce sont les *servi pœnæ*, ou condamnés à une peine emportant esclavage, leur maître c'est la peine; et les *servi derelicti*, abandonnés par leur maître sans avoir été affranchis. Pour acquérir, ils n'ont pas la capacité d'emprunt que les autres esclaves reçoivent de leur maître, la *factio testamenti passiva* leur fait aussi

complètement défaut que la *factio testamenti activa*. Mais il n'en est pas de même de certains autres : les *servi publici* ou esclaves du peuple romain peuvent avoir un testament à eux.

Ces esclaves étaient des prisonniers de guerre, qui au lieu d'avoir été vendus au profit de l'Etat, avaient été attachés au service des magistrats ou des prêtres, ou encore tenaient les archives publiques. Leur condition était meilleure que celle des esclaves en général ; ils avaient pour maître le peuple, ce qui équivalait à une certaine indépendance. Et de fait, on leur reconnaissait le droit d'avoir un patrimoine.

Ces esclaves ne dépendant directement d'aucun maître, devaient en effet pourvoir à leurs besoins ; pour cela il fallait leur reconnaître le droit d'acquérir pour eux-mêmes et de se créer un patrimoine. Quelle raison restait-il de leur en interdire la transmission *mortis causa* ? Ils n'étaient, il est vrai, ni citoyens, ni *sui juris*, mais ayant reçu la propriété, il n'était pas plus illogique de leur concéder le testament. Ce bienfait de la loi ne faisait de tort à personne ; cependant, par respect pour les anciens textes, qui voyaient là un acte du droit public, on ne l'accorda pas sans restriction, et la faculté de tester du *servus publicus* fut limitée à la moitié des biens. C'est ce qui résulte d'un texte d'Ulpien (1).

(1) XX, § 16. *Servus publicus populi Romani parte dimidia testamenti faciendi habet jus.*

Pourquoi la moitié? N'acquéraient-ils pas, pour le tout, le produit de leur travail, et n'avaient-ils pas, de leur vivant, la libre disposition de leurs biens? Dire que cette mesure tient au caractère public du testament, n'est pas une explication; l'Etat peut avoir intérêt à ce que certains individus n'aient pas la jouissance des droits publics ou de l'un d'eux, mais il n'en a aucun à ce qu'ils n'aient la jouissance d'un droit que pour partie. Si la puissance publique est compromise par la concession d'un droit à quelqu'un, elle le sera autant par la concession de la moitié du droit que par celle du droit complet. La restriction dans l'usage du droit n'enlève rien à celui-ci de son caractère public. Ce défaut de logique résulte d'un conflit entre l'attachement des Romains pour leur vieux droit civil, et l'influence sur ce droit de la loi naturelle, qui veut que quiconque est propriétaire ait le droit de disposer. On ne voulait ni renoncer au droit civil, ni accepter comme principe la loi naturelle.

Par l'admission de la capacité de tester pour une moitié du patrimoine, on pensa tenir compte suffisamment de l'un et de l'autre. L'incapacité de l'esclave était maintenue, et le droit de disposer du propriétaire était respecté, mais dans les deux cas incomplètement.

Que devenait l'autre moitié du patrimoine, celle dont le *servus publicus* ne pouvait pas disposer par testament? Ulpien ne le dit pas; la succession légitime

s'appliquant aux seuls citoyens, elle revenait, sans doute, au peuple *jure peculii*.

Dans le droit du bas empire, les pouvoirs de l'esclave sur son pécule se sont élargis, et il s'est produit une tendance à faire de lui un véritable propriétaire. La *Novelle* 38 de l'empereur Léon VI donne aux esclaves de l'empereur le droit de disposer librement, par donation ou par testament, des biens qui composent leur pécule; et cette même *Novelle*, sans abroger l'ancien droit, invite le reste du peuple à suivre l'exemple de l'empereur... *Ex hoc itaque tempore et in omnem deinceps vitam Imperatoris servi rerum suarum revera domini sint, ut libertate de suis rebus quomodocumque voluerint disponendi non priventur sive sub solis luce versentur, sive vitam relicturi sint, neque servitutis nomine rerum, quarum domini exstiterunt, dominio nudati. Igitur de Imperatoris quidem servis hæc lex innovata sit et valeat, magistratibus autem et reliquo civitatis populo, si huic nostro placito voluntatem suam accomodare nolint, ad veterem de servilibus bonis legem respicere liceat.*

Captif. — L'incapacité du captif se rattache à celle de l'esclave (1). Le captif n'existe plus comme citoyen; les droits attachés à ce titre sont perdus pour lui tant qu'il est dans cet état, et par suite il ne peut pas tester en captivité. Mais celui qui tombe en servitude par la

(1) Paul, III, 4a, § 8.

captivité, est l'objet de mesures plus favorables que celui qui encourt l'esclavage *jure civili*. Sa situation personnelle, qui résulte d'un état de fait, est la même, il est vrai ; il est dans les mains de l'ennemi, et il ne dépend pas de la loi d'améliorer sa position. Mais sa condition juridique est exceptionnelle. Le fait de tomber en esclavage *jure civili* a, en effet, des conséquences que n'a pas la captivité : 1° il entraîne *capitis deminutio*, et le testament déjà fait devient *irritum* ; 2° si l'esclave revient à la liberté, il constitue une autre personne qu'avant l'esclavage, et la seconde partie de sa vie ne continue pas la première. — Il en est autrement du captif. D'abord, s'il revient à Rome, le *postliminium* lui rend tous ses droits, sa vie juridique reprend, et les actes ou situations antérieurs à la captivité sont maintenus ; il n'y a qu'une seule et même personne avant et après ; une solution de continuité a seulement existé, qui fait qu'on ne tient pas compte des actes passés par le captif chez les ennemis. — 2° S'il meurt captif, la loi *Cornelia*, par une fiction, le suppose mort au jour de sa capture, et c'est à ce jour qu'est reportée l'ouverture de tous les droits subordonnés à sa mort (1). Le captif peut donc mourir testat, l'esclave ne le peut pas. Mais s'il revient à la liberté, et que par suite le *postliminium* lui rende la faculté de tester, le testament qu'il aura

(1) Inst. II, 12, § 5.

fait chez l'ennemi ne reprendra pas pour cela sa valeur; car si on peut faire que le captif n'ait pas perdu le droit d'avoir un testament, on ne peut pas admettre qu'il ait pu en faire un à l'époque où, étant esclave, la *factio testamenti* n'existait pas pour lui (1).

§ II. — **Fils de famille.**

L'incapacité du fils de famille ressemble à celle de l'esclave; elle résulte, comme pour ce dernier, de son inaptitude à être propriétaire d'un patrimoine. Le fils de famille est citoyen, mais non *sui juris*. Ce n'est pas un *paterfamilias* comme le veut la loi. Il peut, comme un esclave, recevoir de son père un pécule à administrer; mais ce pécule reste la propriété du père, qui peut le reprendre à son gré; le fils n'a aucun droit d'en disposer seul, et à sa mort, ce pécule rentre dans le patrimoine du père de famille d'où il est censé n'être jamais sorti.— Pourtant, avec la permission du père, le fils a le droit d'aliéner les biens composant *son pécule*; il peut aussi, sur son ordre, obliger son père *jure prætorio*, et cependant il ne peut pas tester, même avec la permission de celui-ci. C'est que tester est un droit public qu'on ne peut pas déléguer, tester c'est plus qu'aliéner (2).

(1) Inst. II, 12, § 5

(2) L. 6, pr. 28, 1.

Cependant, il est une autre sorte de pécule, créé par Auguste en faveur des fils de famille militaires et qui ne suit pas les mêmes règles. Pour favoriser l'entrée et le maintien des citoyens dans l'armée, l'empereur décida que tout ce que les fils de famille acquerraient à l'armée, ou à l'occasion de leur qualité de soldat, leur appartiendrait en propre. Pour ce pécule, appelé pécule *castrense*, Nerva et Trajan étendirent le droit de tester au fils de famille, mais seulement, tant qu'il était militaire; rentré dans la vie civile il perdait ce droit, et même, le testament fait précédemment, devenait nul. Cette première exception n'est donc, comme on le voit, qu'une des nombreuses faveurs dont fut l'objet le testament des militaires. Mais Adrien conserva aux militaires retirés du service, c'est-à-dire aux vétérans, le droit de tester de ce pécule.

Plus tard, Constantin créa, à l'image du pécule *castrense*, le pécule quasi *castrense*, auquel il donna les mêmes avantages. Quant aux *bona adventicia*, qu'on trouve aussi à partir de Constantin, et qui comprennent tout ce qui vient au fils d'une autre personne que le père, sans rentrer dans un des deux péculs précédents, ils sont soumis à un régime différent: le fils en a la nu-propriété, et le père l'usufruit et l'administration. Quoique propriétaire, le fils ne peut pas en disposer par testament, car la loi ne permet de tester qu'au *paterfamilias*, et le fils de famille n'est réputé

paterfamilias que pour les pécules *castrense* et quasi *castrense* (1).

Jusqu'à Justinien, aucune des sortes de biens dont un fils de famille pouvait être propriétaire, ne faisait l'objet d'une succession *ab intestat*. Les pécules *castrense* et quasi *castrense*, dont le fils avait négligé de disposer par testament, de même que les biens *adventices* revenaient *jure peculii* au *paterfamilias*. Celui-ci les prenait, non pas en qualité de successeur, mais comme propriétaire, ainsi qu'il aurait fait d'un pécule concédé. — Sous ce prince, une importante innovation eut lieu : on créa, pour ces biens des fils de famille, une succession légitime. Les Institutes (2) attribuèrent les pécules *castrense* et quasi *castrense*, en première ligne, aux descendants du fils, puis à ses frères et sœurs. Ce n'était qu'à défaut de tels parents que le père recueillait le pécule *castrense* de son fils ; mais alors, à quel titre le recueillait-il ? Était-ce toujours *jure peculii* et à titre de propriétaire, ou *jure hereditario*, comme constituant un troisième ordre de successeur. La question n'est pas sans intérêt ; si c'est *jure peculii* que les biens du fils vont au père, ce sera l'ascendant qui a la puissance paternelle qui en profitera, et cela nécessairement et sans qu'il soit besoin de faire adition ; si c'est, au contraire, *jure hereditario*, comme la loi appelle le père et non un autre

(1) L. 2, XIV, 6. L. 6, § 13, 28, 3.

(2) Inst. II, 12 pr.

ascendant, c'est le père, qu'il ait ou non la puissance paternelle, qui sera l'héritier; mais l'addition est nécessaire. Recueillant *jure peculii*, le père n'est tenu des dettes que par l'action *de peculio*, c'est-à-dire dans la mesure du montant du pécule, et pendant un an; *jure hereditario*, il devrait les dettes *ultra vires*, et perpétuellement. *Jure hereditario*, il aurait une action *in rem universalis*, pour se faire remettre en bloc les biens de son fils; *jure peculii*, il doit exercer une action en revendication spéciale, en vue de chacun d'eux.

Les Institutes, qui ont établi ce droit du père aux pécules *castrense* et quasi *castrense*, ne disent rien de très clair sur la question, il recueille, disent-elles, *jure communi*. — Jusqu'à Justinien, le droit commun était que les biens du fils revenaient au père *jure peculii*; mais ce prince avait déjà dérogé à cette règle, en créant (1) un ordre de succession *ab intestat* pour les biens adventices. En vertu de ces lois, le père venait après les descendants, comme héritier, et non pas *jure peculii*.

Comme on ne trouve plus à cette époque, en dehors des pécules *castrense* et quasi *castrense*, que des biens adventices, on peut dire que le droit commun, en vertu duquel le père recueille les pécules en question, c'est la succession aux biens adventices. Les

(1) L. 11, c. — 6. 59; et L. 6, c. — 6, 61.

lois précitées, au code, sur cette succession, sont en effet antérieures de quatre ans à la promulgation des Institutes; elles datent de l'an 529 et formaient, lors de la promulgation des Institutes en 533, un droit commun de la succession du père aux biens du fils.

— De plus, Justinien dans ses Institutes, assigne au père, dans la succession aux pécules *castrense* et quasi *castrense*, la même place que dans ses constitutions précédentes sur les biens adventices; employant en outre l'expression *jure communi*, il est bien probable qu'il n'a pas voulu leur créer un droit d'une nature différente dans deux situations identiques. Le père, sous l'empire des Institutes, recueillait donc *jure hereditario*, le pécule *castrense* de son fils.

Les adversaires de cette théorie ont pour eux la paraphrase des Institutes de Justinien par Théophile, qui explique les mots *jure communi* par *jure peculii*. Mais ce texte ne peut pas servir de base à un système contraire au nôtre, car il change les expressions des Institutes au lieu de les expliquer, et l'explication qu'il donne est conforme au droit antérieur à Justinien, mais non à celui de l'époque de ce prince. — Quoi qu'il en soit, la question a disparu avec la *Novelle* 118, qui a établi une succession légitime unique pour tous les biens.

Effets de la CAPITIS DEMINUTIO sur le testament des fils de famille.

Nous avons dit plus haut que toute *capitis deminutio* rend *irritum* le testament déjà fait : cette règle ne s'applique pas au testament de *peculio castrensi*, du moins, quand il s'agit de *minima capitis deminutio*. Le fils de famille est en effet assimilé au *paterfamilias* pour tout ce qui touche à ce pécule, et il ne peut pas, quant à celui-ci, être ni émancipé, ni donné en adoption (1), « *Filiifamilias veterani sui juris morte patris factum testamentum irritum non fieri constat : nam quantum ad testandum de castrensi peculio, pro paterfamilias habendus est : ideo nec emancipatione irritum fieri militis vel veterani testamentum verum est.* » Le testament du fils de famille n'est conséquemment pas atteint par le changement qui se produit dans l'état du testateur.

Mais si le testament, en tant qu'acte, ne subit pas d'atteinte, ses effets pourront varier, quant à la quantité de biens que recueillera l'héritier testamentaire. La mort du père du testateur aura pour effet d'étendre à tout le patrimoine le testament du fils sur son pécule *castrense* (2). Bien qu'il ne soit pas contraire aux lois, qu'un soldat meure partie *testat* ; partie *intestat*, comme il s'agit dans la loi 19 d'un *paganus*,

(1) L. 6, § 13. — 28, 3.

(2) L. 19, § 2. — 49, 17.

on ne donnera ouverture qu'à une seule succession, et on considérera le défunt comme ayant eu un patrimoine plus important que celui qu'il croyait laisser quand il a fait son testament.

Le prêteur a admis une autre exception à cette règle : un individu *sui juris* fait un testament, puis se donne en adrogation ; son testament est donc nul, conformément à la règle contenue aux *Institutes*, II, 17, § 4. Mais si par la mort de son père adoptif ou par émancipation, il redevient *sui juris*, le testament, fait précédemment, pourra faire obtenir la *bonorum possessio secundum tabulas* (1). La loi 11, § 2 (37-11), de Papinien exige quelque chose de plus. D'après cette loi, l'héritier institué, demandant la *bonorum possessio*, sera repoussé par l'exception de dol, car le testateur, par l'adrogation, a transporté son patrimoine dans une famille étrangère ; mais, ajoute-t-elle, l'exception sera écartée, si, par codicille ou autrement, le testateur, depuis qu'il a recouvré son indépendance, a manifesté expressément sa volonté de conserver leur valeur à ses premières tablettes.

Pour le fils de famille comme pour le *servus publicus*, nous voyons le peuple romain, amené par la force des choses, en quelque sorte malgré lui, à donner le droit de tester comme corollaire au droit de propriété. L'ancienne théorie du testament

(1) Inst. II, 17, § 6.

ne suffit plus à justifier ces concessions partielles du droit de tester; ce n'est plus un intérêt religieux, puisque le fils n'a pas de *sacra* distincts de ceux de son père; ce n'est pas pour éviter les hasards quelquefois funestes de la succession légitime, puisqu'il n'y a pas pour ces pécules, du moins avant Justinien, de succession légitime. Non! on permet au fils de tester, parce qu'il est propriétaire. Ce principe s'impose aux Romains, qui y résistent en refusant de le reconnaître comme règle générale, et en maintenant l'incapacité du fils de tester de ses biens *adventices*.

§ 3. — Des Pérégrins.

Les hérédités légitimes et testamentaires rentrent dans le droit civil; il faut être citoyen pour en jouir. Cette condition exclut d'abord les étrangers ou *hostes*, à qui la loi des XII Tables ne reconnaissait aucun droit: *Adversus hostem, æterna auctoritas esto*; 2° les sujets de Rome qui n'ont pas obtenu la jouissance de son droit civil; et 3° ceux qui l'ont perdue par une condamnation.

Ce caractère exclusivement national du droit successoral s'explique par le caractère religieux des hérédités. Les lois sur les successions s'occupaient, en effet, de la façon de perpétuer les familles romaines, et par suite l'Etat, en assurant la transmission des cultes privés et des patrimoines. Mais elles ne s'occu-

paient que d'elles seules. Pour les individus qui ne faisaient pas partie de la cité, peu importait que leur famille se perpétuât ou s'éteignit, leur extinction ne touchait en rien aux intérêts de la République ; aussi ne prit-on pas le soin de leur appliquer les règles de succession.

Dans les premiers temps de la République, il nous est permis de penser que peut-être aucun droit, même parmi ceux qualifiés plus tard de naturels, notamment la propriété, n'était reconnu à l'étranger. Les *res mancipi*, qui comprenaient la presque totalité des choses considérées comme richesses par un peuple primitif, étaient réservées aux seuls citoyens. Ce n'est qu'assez tard, quand les Romains sentirent par eux-mêmes les inconvénients des entraves à la circulation des biens, et quand les *res nec mancipi* acquirent l'importance qu'avaient eue les *res mancipi*, qu'on reconnut seulement aux pérégrins le droit à la propriété. Ils n'avaient pas le *jus quiritium* ; mais une situation de fait qui donnait les mêmes avantages que la propriété. De même on leur étendit tous les droits qui n'avaient rapport qu'aux biens ou qui étaient nécessaires à leur existence.

D'anciennes règles faisaient obstacle à l'acquisition des *res mancipi* par les pérégrins ; on les tourna dans la pratique, en disant que pour les personnes auxquelles la mancipation était interdite, la tradition serait suffisante pour transférer la propriété. De même se

développa le mariage du droit des Gens ; pour les hérédités il n'en fut pas de même, elles touchaient de trop près aux prérogatives de l'État.

L'hérédité *ab intestat* n'existait pas pour eux, puisqu'elle suppose une loi, et que les étrangers ne pouvaient pas invoquer la législation romaine ; quant au testament, il n'était pas accordé, car c'était, comme nous l'avons dit, un fragment du pouvoir législatif et que la concession d'un pareil droit ne pouvait pas être faite à un étranger.

La reconnaissance du droit de propriété devait pourtant un jour entraîner celle du droit de succession. C'est ce qui arriva.

Rome n'imposait pas, après la conquête, son droit civil aux peuples vaincus. Dans la plupart des pays conquis la législation existante était respectée ; restant dans leur province, les peuples soumis à Rome pouvaient continuer de jouir de leurs droits civils particuliers ; les magistrats romains dans ces pays, les *præsides*, étaient même chargés de faire appliquer la loi du pays. Il n'y eut plus alors de raison pour que Rome ne tint pas compte, dans ses murs mêmes, des législations qu'elle faisait respecter dans son empire ; et le préteur pérégrin décida, que l'étranger qui pourrait, dans sa patrie, se prévaloir d'une législation conservée par Rome, pourrait s'en prévaloir aussi dans la capitale et à l'encontre des citoyens.

Dans ces conditions, les sujets de Rome n'avaient

pas à se plaindre d'être exclus du bénéfice de ses lois, puisqu'on reconnaissait à chacun, le droit de succéder suivant les lois de son pays. Ces dernières étaient seules à considérer, quant à la forme du testament et quant à la capacité de tester de l'étranger.

Rien à dire pour les personnes qui se trouvent dans une situation régulière, elles n'ont pas la *factio testamenti* suivant le *jus civile* de Rome, mais elles l'ont, selon le droit de leur cité. Cependant certaines classes de personnes se trouvaient en dehors de la société, tout en vivant sur le territoire de l'empire. C'était tous ceux que la conquête romaine avait privés de leurs lois sans leur concéder les droits de citoyen romain, et ceux qui avaient perdu le droit de cité romaine, sans acquérir le titre de citoyen dans une autre cité.

Les premiers étaient les *deditices*, c'est-à-dire, ceux des peuples vaincus, qui, pour ne pas être exterminés, s'étaient rendus, eux et leurs biens, à l'absolue discrétion des Romains ; les autres, les citoyens condamnés à une peine criminelle, entraînant *media capitis deminutio*, c'est-à-dire perte du droit de cité. Pour ceux-là il n'y avait de droits que ceux que les jurisconsultes considéraient comme venant de la nature, par exemple, posséder, acquérir, aliéner à titre onéreux ou gratuit, mais seulement entre vifs, et sans pouvoir employer les formes du droit civil. Pour tous ces actes, à côté des formes solennelles, il y en avait d'autres, appelées du

droit des gens, que l'on avait créées pour mettre ces actes à la portée de tout le monde.

Les *deditices* étaient étrangers, et sans plus de droits à Rome que les autres étrangers, mais ils n'avaient point une autre patrie, où ils pussent jouir des droits qu'on leur refusait à Rome. Donc pas de succession ni testamentaire, ni *ab intestat* pour le *peregrinus sine civitate* (1). Cette privation complète des droits civils s'explique par la rigueur avec laquelle on traitait les peuples rendus à merci. On les punissait pour s'être défendus et c'était déjà une faveur que de ne pas les réduire en esclavage. — Quant aux citoyens qui avaient perdu le droit de cité par suite d'une condamnation, la privation des droits civils était une partie de leur peine. Elle avait lieu après la condamnation devenue définitive, à l'interdiction de l'eau et du feu, qui forçait le condamné à s'exiler, à la déportation ou aux travaux publics perpétuels.

Mais que devenaient à leur mort les biens de ces personnes ?

Les biens des *deditices* sont enlevés par les vainqueurs au profit du peuple romain, au moment de la *deditio* ; ceux qu'on leur laisse ou qu'ils acquièrent depuis cette époque, de même que ceux des étrangers au premiers temps de Rome, se trouvent au jour de la mort n'avoir plus de maîtres ; ce sont des *bona*

(1) Ulpien, XX, 14

vacantia (1), au même titre qu'une succession à laquelle personne n'est appelé. Pendant longtemps ils furent *res nullius* et susceptibles de l'usucapion *pro herede*. Auguste par la loi *Julia caducaria* déféra les biens vacants au peuple (2).

Sous Justinien, ils sont déférés au fisc. Le droit du fisc s'élève, dès qu'il devient certain que la succession ne sera recueillie par aucun héritier ; l'étranger sans cité ne pouvant avoir ni succession légitime, ni testamentaire, le droit du fisc s'ouvrira dès le jour de la mort.

Pendant quatre ans, personne ne peut acquérir contre l'état un droit à une pareille succession, mais, passé ce temps, l'Etat ne peut plus rien invoquer. L'Etat ne succède pas malgré lui, son droit n'est pas semblable à celui de l'héritier ; il succède seulement aux biens et ne doit pas les dettes *ultra vires*. La succession des étrangers suit donc les règles des successions en déshérence.

Dans une opinion, on invoque une sorte de patronage de l'Etat sur les étrangers pour expliquer ce fait de la succession à leurs biens (3).

D'après M. Chambellan, les étrangers à Rome n'auraient eu de droits dans la cité, qu'en se plaçant sous la protection d'un citoyen, et celui-ci, en échange de la pro-

(1) Inst. II, 6, § 9. — 1 C. *de bonâ vac.*, X. 10.

(2) Ulp. 23, § 7. — Gaius, II, § 150.

(3) Chambellan. Etudes sur l'histoire du *Droit Français*, n° 120.

tection qu'il accordait, acquérait un droit à la succession du protégé. L'Etat aurait été alors considéré comme le patron de tous les étrangers qui n'en auraient pas choisi. Cette doctrine s'appuie sur un texte de Cicéron (1).

Ce texte bien peu affirmatif, me semble viser un autre cas que, le nôtre, celui de savoir si le fait d'accorder sa protection à un citoyen, entraîne un droit pour le protecteur sur les biens du protégé. Ce texte, visant des individus, serait d'ailleurs trop insuffisant pour expliquer le droit de l'Etat à la succession. Il vaut donc mieux ne voir là qu'une application des règles sur les biens vacants.

Quant aux biens des citoyens condamnés à une peine entraînant perte de la cité, ils vont généralement à l'Etat par voie de confiscation. Les effets de ces condamnations sont, en premier lieu la *media capitis deminutio* qui annule le testament fait précédemment ; et en second lieu la confiscation générale presque toujours prononcée (2). Ces deux effets, nullité du testament, et confiscation, se produisent quand la condamnation est devenue définitive. D'où il suit que, si le condamné meurt avant que la sentence soit définitive, son tes-

(1) *De Orat.*, I, 39. *In centumviri judicio certatum esse accipimus, qui Romam in exilium venisset, cui Romæ exulare jus esset, si se ad aliquem quasi patronum applicavisset, intestatoque esset mortuus..... nonne in ea causa jus applicationis, obscurum sane et ignotum, patefactum in iudicio atque illustratum est a patrono.*

(2) L. 1, pr. 48, 20.

tament vaudra (1). La loi 3, pr. 48-21, fait une exception pour ceux qui se tuent dans le but d'éviter la condamnation.

La *capitis deminutio* peut quelquefois se produire, et la confiscation être prononcée après la mort. Le testament, dans ce cas, sera *irritum* et n'aura pas plus d'effet que si la condamnation était intervenue du vivant du testateur (2).

Si le condamné est un fils de famille, son pécule *castrense* ne sera pas confisqué, en effet, par la nullité de son testament devenu *irritum*, le pécule doit revenir au père *jure peculii*, comme si le fils était mort *intestat* (3).

Si le condamné a des descendants naturels ou adoptifs, qui auraient été appelés par le droit civil ou le droit prétorien à lui succéder dans l'ordre des *sui heredes*, une moitié des biens doit leur être restituée (4). Les femmes ne pouvant pas avoir de *sui heredes*, aucune partie de leur patrimoine ne sera restituée après leur condamnation (5).

La dot, par contre, échappera toujours à la confiscation ; est-ce le mari qui est condamné ? on la restitue à la femme. Est-ce au contraire celle-ci qui subit la confiscation ? la dot, devenue propriété du mari,

(1) L. 2, § 2, 48, 19.

(2) L. 6, § 11. — 28, 3.

(3) L. 3, c. — 9, 49.

(4) L. 10, pr. c. — 9, 49.

(5) L. 6, c. — 9, 49.

ne sera plus trouvée par le fisc dans le patrimoine de la femme.

Si la condamnation entraîne en outre la perte de la liberté, la dot est traitée comme si la femme fut morte *in matrimonio* ; si elle a perdu la cité, la dot conserve son caractère, car le mariage subsiste comme droit des Gens (1).

Justinien, par la *Novelle* 134, cap. 13, décida que les biens des condamnés ne seraient dévolus au fisc qu'à défaut de descendants ou d'ascendants au troisième degré ; comme autrefois, la dot fut restituée à la femme du condamné, et de plus, la donation *propter nuptias*.

La *restitutio per omnia* fait revivre le testament du condamné (2). — Les biens acquis postérieurement à la condamnation peuvent être réclamés par le fisc (3), ce sont des biens vacants.

Nous venons de dire que les pérégrins ne peuvent jamais tester suivant le droit romain, car la forme civile de l'acte est une condition indispensable et qu'elle n'est pas donnée aux pérégrins. Par contre, le pérégrin qui a obtenu, par la concession du *commercium*, le droit d'user des formes civiles, fera un testament valable. En effet, le *commercium* n'est pas seulement la faculté d'user des modes civils et solen-

(1) L. 5, pr. et § 1. — 48, 20.

(2) Ulp. L. 6, § 12. — 28, 3.

(3) L. 2, c. 9. 49.

nels de transmettre la propriété, c'est une naturalisation *parte in qua*. Sa concession comprend non seulement l'usage, l'exercice des droits civils, mais encore le fond même de ces droits, qui est refusé à tous ceux qui n'ont pas le *commercium*.

Exception est faite cependant pour les Latins Juniens, ils jouissent du *commercium* et de la *factio testamenti*, ils peuvent être témoins et cependant la loi leur défend de tester (1); à leur mort, leurs biens vont comme un pécule d'esclave à leur patron ou à ses héritiers. De même, ils ont la faculté d'être institués, mais ils n'ont le bénéfice du legs ou de l'institution que si, dans un certain délai, ils obtiennent le droit de cité, auquel est subordonné le *jus capiendi*.

Cette incapacité peut s'expliquer par la raison même qui a fait créer les Latins Juniens. Ce sont des affranchis auxquels leur maître n'a pas entendu conférer la plénitude des droits de cité, ou bien dont les maîtres se sont trouvés empêchés de le faire par suite de la loi *Ælia Sentia*, établie pour éviter que la cité ne se trouvât peuplée de citoyens indignes. Le Latin Junien, pour acquérir le droit de cité, devait donc avoir mérité cette faveur. Mais la facilité avec laquelle il l'obtenait, ôte beaucoup d'importance à cette incapacité.

(1) Gaius, I, § 23.

§ 4. — Incapacité des femmes.

A la dernière époque du Droit Romain, nous voyons que les femmes *sui juris* peuvent tester aussi librement que les hommes; dans la période classique, les obstacles à ce droit, sauf quelques exceptions, ne sont plus sérieux. C'est donc tout à fait à l'origine que nous devons étudier cette incapacité.

Les femmes n'ont jamais obtenu, dans la société, la même situation que les hommes; cette différence ne se trouve plus guère aujourd'hui que dans l'ordre politique; mais, chez les anciens, elle se trouvait dans presque toutes les branches du droit civil. Pour ne parler que du patrimoine, la femme, en Grèce, n'héritait pas de son père; le frère prenait toute la succession. Aucun texte ne nous permet de dire, qu'à une époque quelconque, il en fut de même à Rome. Aussi loin, au contraire, que nous puissions remonter, nous voyons les femmes prendre leur part dans la succession paternelle. Mais si la propriété leur est reconnue, on est loin de leur avoir accordé, comme aux hommes, tous les avantages qui en découlent, notamment le droit d'administrer leurs biens et celui d'en disposer.

Le patrimoine du père de famille était affecté tout entier au culte de sa famille; aucune parcelle n'en devait être distraite pour soutenir le culte d'une famille

rivale. Or, la femme prenait sa part dans la succession de son père; et comme sa condition était de rompre avec sa famille d'origine, pour suivre celle de son mari, dont elle adoptait le culte, il pouvait être à craindre que l'affection ne lui fit laisser les biens de son père à son mari ou à ses enfants. La loi disait bien que la femme a pour héritiers ses agnats, et ses enfants, sauf le cas de *manus*, ne sont pas ses agnats; mais cette protection aurait été le plus souvent inutile, si on n'avait pas mis obstacle au droit de la femme de disposer de ses biens. Cet obstacle, ce fut la tutelle des femmes pubères. Toute femme *sui juris* eut un tuteur. Il existait différentes sortes de tutelle; la principale et la seule sérieuse était la tutelle légitime.

La loi soumettait à la tutelle légitime de ses agnats la femme qui avait reçu *ab intestat* sa part dans la succession de son père. La mort de ce dernier, et le partage de ses biens entre ses enfants, n'avaient pas, en effet, rompu l'affectation particulière au culte de la famille, dont était frappé son patrimoine. D'un autre côté, la femme n'ayant pas de *sacra* lui appartenant en propre, empruntait ceux de ses agnats, et c'était désormais aux *sacra* de ceux-ci que son patrimoine était affecté. Comme prêtres et comme héritiers présumptifs, les agnats avaient donc à veiller à la conservation des biens de la femme, comme à celle de leur patrimoine propre. La femme administrera elle-même; mais il lui faudra l'autorisation de ses agnats, ses

tuteurs légitimes, pour faire les actes qui appauvrissent son patrimoine(1). Par cette tutelle, les ventes, les aliénations, les donations, devenaient impossibles à la femme non autorisée de ses tuteurs.

Le testament lui fut également interdit ; mais à la première époque du droit romain, l'obstacle venait d'une autre raison plus forte que la tutelle. C'était, d'une part, que la femme n'avait pas de *sacra* lui appartenant en propre, et qui pussent faire l'objet d'une succession ; et de l'autre, que le testament est un acte public, un acte de souveraineté, et que la femme ne pouvait pas obtenir la moindre fraction de la puissance publique. Elle n'exerçait pas d'ailleurs la *patria potestas*, qui seule permettait d'imposer par testament sa volonté à sa famille.

Cette incapacité de fond se trouvait corroborée par une incapacité de forme.

Avant la loi des XII Tables on ne connaissait que le testament *calatis comitiis*, et les comices, formés par la réunion des pères de famille, n'étaient pas ouverts aux femmes ; il en était de même pour le testament *in procinctu*.

Ainsi donc, en même temps que la femme était incapable de tester, parce qu'elle n'avait pas de *sacra* dont elle put disposer, et qu'elle ne détenait aucun fragment de la puissance publique, la forme même de ces actes

. (1) Ulp., XI, 25. — Gaius, I, 191.

lui était interdite. Mais après la loi des XII Tables, quand les *sacra* prirent rang après la fortune, la femme, capable d'être propriétaire, vit, comme le plébéen, cesser pour elle l'incapacité résultant de la forme de l'acte. Le testament *per æs et libram* était une sorte de vente du patrimoine, sa forme rentrait dans les actes du droit civil, et de tels actes, les femmes *sui juris* qui avaient la jouissance du *commercium* pouvaient les faire.

Cependant la substitution d'une forme à une autre ne suffit pas pour relever la femme de son incapacité, car s'il n'était plus nécessaire de faire partie des comices pour tester, il fallait encore avoir reçu la prérogative de déroger à la succession légale. Or, l'inconvénient du testament des femmes, prévu dans la première période, existait encore dans celle qui nous occupe, à savoir le passage des fortunes d'une famille dans une autre. Si l'importance des *sacra* avait diminué, une autre idée s'était élevée, celle de ne pas laisser prendre aux femmes trop d'importance dans la cité, et pour cela de ne pas abandonner à leur caprice la disposition des fortunes qu'elles détenaient. Il importait à la cité que la richesse et l'influence ne changeassent pas de famille, pour qu'autant que possible la direction politique restât dans les mêmes mains. La succession légitime dans l'ordre des agnats permettait d'y atteindre. Dans ce but, l'incapacité des femmes d'aliéner seule leur patrimoine fut maintenue.

L'autorisation du tuteur, nécessaire à la femme qui mancipait, fut également exigée quand celle-ci voulait tester dans la forme de la mancipation.

Toutefois, certains textes nous conduisent à dire que cette autorisation était insuffisante quand la femme avait ses agnats pour tuteurs; dans ce cas, la succession légitime s'imposait. Le testament d'une femme qui n'a pas subi de *capitis deminutio*, dit Cicéron (1), ne peut pas plus que le testament d'un esclave donner lieu à la *bonorum possessio*. Et Gaius (2). *Non aliter feminae testamenti faciendi jus habebant, exceptis quibusdam personis, quam si coemptionem fecissent.*

L'exception que signale Gaius, concerne les Vestales (3), et les femmes que le *jus liberorum* avait affranchies de toute tutelle.

La *coemptio*, comme toute *capitis deminutio*, rompt les liens de la femme avec sa famille civile; par elle la femme cessait d'avoir des agnats, et par suite, d'être soumise à leur tutelle. Quand donc Cicéron et Gaius donnent pour condition de validité du testament d'une femme, que celle-ci ait subi une *capitis deminutio*, ils établissent par cela même que celle qui n'en a pas subi, et qui, par conséquent, se trouve encore sous la tutelle de ses agnats ou de ses *gentiles*, est incapable de tester nonobstant toute autorisation. En effet,

(1) Top. 4.

(2) I, 115 a.

(3) Aulu-Gelle, I, 12, § 9.

dit M. Gide (1), une disposition entre vifs peut offrir quelquefois des avantages, dont les agnats seront juges, elle peut être nécessaire à la femme qui veut se marier, pour lui permettre d'apporter une dot à son mari; tandis que le testament a pour effet d'appauvrir le patrimoine sans compensation, il échappe à toute appréciation, et en l'autorisant, le tuteur trahirait les intérêts sacrés de la famille dont il a la garde.

L'origine et le but de la tutelle des agnats nous font suffisamment comprendre qu'on ait refusé le droit de tester à la femme qui y est soumise. Son incapacité résulte d'une idée de protection de la famille. Aussi, quand la famille n'a pas besoin d'être protégée, si par exemple la femme a subi une *capitis deminutio*, il n'y a pas de tutelle légitime, et la faculté de tester est accordée à la femme. C'est probablement encore l'intérêt de la famille d'origine qui a fait établir dans ce cas la capacité. La *capitis deminutio* avait enlevé aux agnats leur qualité d'héritiers présomptifs; le testament fut un moyen pour la femme de les faire revenir à sa succession et de leur rendre ses biens (2).

Cette capacité de faire son testament, donnée à la femme qui n'a plus d'agnats, devint l'instrument à l'aide duquel on porta les premières atteintes à l'institution même de la tutelle des agnats. A l'origine, la

(1) *La Femme*, p. 121, éd. 1867.

(2) Ihering, 3^e éd. t. 4, § 68. — Gide.

capitis deminutio que subissait la femme était sérieuse; elle résultait d'un mariage avec *manus*. Son mariage l'affranchissait de la tutelle de ses agnats, mais pour la faire tomber sous la *manus* de son mari ; il ne la rendait pas indépendante. On inventa alors une *manus* fictive, qui eut lieu par *coemptio* en dehors du mariage, et dont le but réel fut de soumettre la femme à une *capitis diminutio*, qui l'affranchit de la tutelle légitime des agnats, et lui permit de tester, sans la faire tomber sous aucune autre domination sérieuse. — Par cette *coemptio*, que son but détourné faisait appeler *fiduciæ causa* ou *testamenti faciendi causa*, la femme se soumettait à la *manus* d'un tiers complaisant qui, aussitôt la mancipation faite, l'affranchissait et lui restituait ses biens. L'émancipateur devenait bien son tuteur fiduciaire, mais sans aucun pouvoir réel. La *manus* rompait ainsi tous les liens d'agnation de la femme avec sa famille d'origine ; ses parents perdaient par rapport à elle leur qualité d'agnats et d'héritiers présomptifs, et cessaient dès lors d'être ses tuteurs et de pouvoir s'opposer à son testament.

Mais pour se soumettre à la *manus* d'un tiers, que ce soit par mariage ou par la *coemptio* fiduciaire, il fallait l'*auctoritas* des tuteurs légitimes, et on ne pouvait pas obliger ceux-ci à la donner. (1) Il semble

(1) Cicéron, *pro Flacco*, 34.

donc que la *coemptio fiducia causa* ne dut pas être très pratiquée. Quel est, en effet, l'agnat qui aurait donné de bonne grâce son assentiment à un acte, dont le but avoué était de le dépouiller de son droit d'héritier légitime ? Et cependant le texte de Cicéron (*Top.* 4) et surtout celui de Gaïus, I, 15 a, ne paraissent pas indiquer une anomalie, mais au contraire un expédient généralement employé pour tourner la prohibition de la loi et la mauvaise volonté des tuteurs légitimes.

Dans une opinion soutenue par M. Karlowa (1), jamais, tant qu'a duré la tutelle légitime des agnats, ceux-ci n'ont pu être contraints de donner leur consentement à la *manus* réelle ou fictive que voulait contracter la femme. La preuve en est dans le texte de Cicéron *pro Flacco*, 34, et dans celui de Gaïus, II, 122. M. Karlowa en trouve encore une autre dans ce fait, que l'intérêt des tuteurs à ce que la femme ne contracte pas la *manus*, et leur refus de l'autoriser, ont contraint la loi et les mœurs d'admettre les mariages sans *manus*. MM. Gide et Ihering attribuent à la même cause l'abandon de la *manus* dans le mariage. Les mœurs ont donc cédé devant la tutelle des agnats, et non pas celle-ci devant les mœurs. Seulement, quand la civilisation s'est développée, le maintien de cette tutelle dans toute sa puissance a paru une iniquité, et elle a été brisée d'un coup par la loi *Claudia*.

(1) *Formen der römischen Ehre und MANUS*, § 18.

Dans une autre opinion (1), la *coemptio* était bien dirigée contre la tutelle légitime des agnats. Seulement on obtenait de force l'autorisation que les agnats ne voulaient pas donner de bonne grâce. On se serait peu à peu relâché de l'ancienne rigueur qui, à l'époque de Cicéron, ne permettait pas de passer outre au refus des tuteurs légitimes d'autoriser leur pupille ; et la *coemptio fiducia causa* serait rentrée dans les cas où, d'après Gaius, I, 190, le tuteur *sæpe etiam invitus auctor fieri a prætore cogitur*. De même Gaius, I, 192. Cette doctrine a sur la précédente l'avantage d'admettre un progrès successif, préparant la venue de la loi *Claudia*, au lieu d'un changement brusque dans la législation. Nous l'adopterons pour notre part.

La femme échappe encore à la tutelle de ses agnats, dans un autre cas ; c'est quand le père lui a laissé, par testament sa part de succession, en lui désignant un tuteur testamentaire. Le *pater familias*, à qui la libre disposition appartient, a suffisamment fait preuve alors, qu'il voulait soustraire son patrimoine, à la surveillance de ses agnats. Ce point fut mis en lumière par la connaissance de la *funeris laudatio Turicæ*. Cette *laudatio* vise le cas d'une fille, instituée par testament de son père, avec d'autres cohéritiers, ses agnats lui conseillaient d'attaquer le testament pour hériter seule, *ab intestat*, et se décharger des legs, mais elle serait

(1) Ihering, 2^e éd. t. III, note 390.

tombée ainsi, avec tous les biens du père, sous la tutelle légitime, de ceux qui la conseillaient, *Ita necessario cum universis patris bonis in tutelam eorum qui rem agitabant, reccidisse*. Si la rupture du testament devait ainsi, faire tomber la fille sous la tutelle de ses agnats, c'est donc que le testament de son père l'y faisait échapper.

N'étant pas soumise à la tutelle des agnats, la femme instituée par testament de son père, peut-elle tester ? A s'en tenir aux textes de Cicéron et de Gaius qui exigent la *coemptio*, elle n'en a pas la capacité, mais elle peut facilement l'acquérir. En effet, le tuteur testamentaire de la femme, n'est plus son héritier, il n'aura donc aucun intérêt, quand elle voudra faire la *coemptio testamenti faciendi causa*, à lui refuser son autorisation. Il est possible que ce soit là, une des premières applications de la *coemptio fiduciaire*; elle n'a dû être introduite que plus tard, dans la tutelle des agnats, quand le consentement du tuteur légitime a pu, suivant la théorie de M. Ihéring, être exigé devant le prêteur. Mais je crois exagéré, de dire avec M. Karlowa, que la *coemptio testamenti faciendi causa*, n'a eu d'application, que contre la tutelle testamentaire, et qu'elle n'était d'aucun usage dans la tutelle des agnats.

L'institution testamentaire de la fille par son père, qui aurait permis d'éviter la tutelle légitime et de tourner la prohibition faite à la femme de tester, perdit son importance par la loi *Voconia*, qui interdisait

d'instituer des femmes par testament. En vertu de cette loi, le père dont la fortune dépassait un certain chiffre, et qui ne voulait pas deshériter sa fille, devait lui laisser sa part *ab intestat* (1). De cette façon la fille était soumise à la tutelle des agnats, et la cité n'avait rien à redouter de son influence. — Cette loi date de l'an 586 de Rome, et Gaius, par le même texte qui en rappelle les dispositions, donne les motifs qui l'ont fait tomber en désuétude. *Item mulier quæ ab eo qui centum millia æris census est, per legem Voconiam heres instituta, capere non potest, tamen fideicommisso relictam sibi hereditatem capere potest* (2). On tournait la loi *Voconia* au moyen de *fideicommissis*. Au reste, depuis la suppression de la tutelle des agnats, sous le règne de Claude, elle ne répondait plus au but que s'étaient proposé ses auteurs. Gaius, parlant au présent des dispositions de cette loi, et indiquant le moyen de la tourner, montre qu'elle n'était pas encore abrogée de son temps ; son contemporain Aulu-Gelle ne considérant que l'effet produit, la déclare tombée en désuétude (3).

Tutelle légitime du père émancipateur ou du patron.

— Avec la tutelle des agnats, il existe une autre sorte de tutelle légitime, qui empêche aussi le testament, ou du moins qui le soumet à un consentement sérieux,

(1) Gaius, II, 274.

(2) Gaius, II, 274.

(3) XX, 1, § 22.

c'est la tutelle du père émancipateur ou du patron. Le père et le patron sont héritiers présomptifs de la femme affranchie ou émancipée; c'est grâce à eux et par suite de son affranchissement que la femme a un patrimoine. Elle ne doit donc pas avoir la puissance de soustraire à ses tuteurs ce qu'elle n'aurait pas sans eux (1).

Autres sortes de tutelle. — Nous venons de voir que dans certains cas, qui plus tard devinrent la généralité, la femme n'avait pas de tuteur légitime. Mais, pour ne pas leur laisser une trop grande liberté, les mœurs continuèrent à leur attribuer des tuteurs. Ces derniers différaient par le mode de nomination et surtout par l'étendue des pouvoirs; au lieu d'être appelés par la loi, c'était le magistrat ou le testateur qui les désignait; en cas de *coemptio*, l'émancipateur était de droit tuteur fiduciaire. Quant aux pouvoirs, si leur autorisation était toujours nécessaire à la validité de l'acte, ils n'étaient du moins pas libres de refuser cette autorisation; la femme pouvait les faire venir devant le magistrat, pour qu'ils fussent obligés de la lui donner (2). Cette tutelle n'était plus sérieuse; on ne voulait pas rompre avec une ancienne coutume, mais on ne voulait plus laisser la femme dans l'état de dépendance envers sa famille, où la mettait la tutelle légitime.

(1) Gaius, II, 122..., *alioquin parentem et patronum sine auctoritate ejus facto testamento non summo veri palam est.*

(2) Gaius, II, 122.

Ainsi donc, dans les tutelles légitimes, l'incapacité de la femme de faire un testament, et la nécessité du consentement du père ou du patron à la validité des dispositions de la fille émancipée ou de l'affranchie, s'expliquent par un intérêt religieux et social supérieur au droit de la femme, et non par une absence ou une insuffisance de volonté de celle-ci. Il y a indisponibilité de son patrimoine, plutôt qu'incapacité.

Dans les autres tutelles, c'est une raison toute différente qui explique l'intervention d'un tiers ; c'est que cette intervention, ce consentement, ne sont plus sérieux. La tradition avait mis les femmes en tutelle et la pratique les en avait affranchies, en ne permettant pas au tuteur de refuser son consentement (1). Un consentement qui ne peut pas être refusé, n'enlève rien au caractère personnel de l'acte et à la liberté de son auteur.

Il ne s'appliquait que comme vestige d'une législation abrogée ; c'était une condition de pure forme. Les lois sur la tutelle disaient, en effet, que la femme devait être autorisée pour faire la mancipation, et comme le testament se faisait par *æs* et *libram*, et non sous la forme unilatérale, c'était la forme de l'acte et non son caractère essentiel, qui nécessitait l'autorisation. De ce que le consentement est devenu de pure forme, il en est résulté que le prêteur a cessé d'en tenir compte

(1) Cicéron *pro Murena*, 12.

Tandis qu'il n'accorde jamais la *bonorum possessio* en vertu d'un testament nul pour défaut de capacité ; il décida, que le testament d'une femme qui ne serait nul que pour défaut de consentement du tuteur, quand il ne s'agirait pas de tutelle légitime, pourrait être invoqué devant lui (1).

En résumé, voici dans quel ordre s'est développée en notre matière la capacité de la femme :

1° Prohibition absolue de tester, résultant de questions de fond (absence de *sacra* et protection de la famille) et de questions de forme ;

2° Les questions de forme disparaissent, et la prohibition, résultant des questions de fond, est remplacée par la faculté de tester avec l'autorisation du tuteur. A l'origine jamais un tuteur n'est forcé de donner son consentement (2).

3° Sauf le cas de tutelle légitime, la femme devient capable de forcer son tuteur à autoriser son testament. Une femme ne peut tester ainsi que si elle a échappé à la tutelle de ses agnats, soit par le testament de son père, soit par la *coemptio*. Il y avait exception pour les Vestales que, leur caractère religieux rendait indépendantes des liens de la famille (3). Elles n'avaient pas besoin de faire la *coemptio*, ni de recevoir un consentement pour que leur testament fut valable ;

(1) Gaius, II, § 118 et 119.

(2) Cic. *pro Murena*, 12.

(3) Aulu-Gelle, I, 12, § 9.

4° Claude supprime la tutelle des agnats; toutes les femmes deviennent capables de tester librement, sauf les émancipées et les affranchies; mais il n'y eut rien là de trop arbitraire, car si ces femmes ont un patrimoine, c'est à leur tuteur qu'elles le doivent (1).

5° Adrien supprime la formalité de la *coemptio*, sans fondement depuis la suppression de la tutelle des agnats;

6° Auguste avait déjà dispensé de toute tutelle la femme qui a le *jus liberorum*. Sous Constantin, l'institution même de la tutelle des femmes a complètement disparu.

§ 5. — *Intestabilis*.

La loi déclare *intestabilis* et *improbis*, l'homme qui s'est rendu coupable d'adultère, de concussion, de diffamation, ou bien celui qui refuse de reconnaître sa signature sur un testament pour lequel il a servi de témoin. En quoi consiste l'incapacité de l'*intestabilis*? Tous les auteurs s'accordent à lui dénier le droit d'être pris comme témoin d'un testament; doit-on dire aussi qu'il est incapable de tester? Plusieurs auteurs ne parlent que du droit d'être employé comme témoin (2).

Gaius (3) dit qu'il ne peut être témoin, et que selon

(1) Gaius, I, 192,

(2) Papinien, L. 14 et Paul, L. 15, D., 22, 5, *de testibus*.

(3) Gaius, L. 26, 23, 1.

quelques autres, il ne peut pas obtenir de témoins, c'est-à-dire tester, *neve ipsi dicatur testimonium*.

Ulpien (1) dit formellement qu'il ne peut pas tester, *nec testamentum facere poterit, nec ad testamentum adhiberi*. Ce texte, placé au titre : *Qui testamenta facere possunt*, me semble devoir l'emporter sur l'argument tiré du silence gardé sur ce point par les deux lois de Paul et de Papinien, qui, placées au titre : *de testibus*, n'ont pas à s'occuper de la capacité de tester. Théophile dit aussi que l'*intestabilis* ne peut pas tester. Il ne reste donc, pour soutenir la capacité de tester de de l'*intestabilis*, que l'expression : *quidam putant*, employée par Gaïus qui laisse voir que ce point a été l'objet d'une controverse dans laquelle il s'abstient de prendre parti (2).

Sous Justinien la liste des *intestabiles* s'augmente de tous les hérétiques.

L'incapacité de faire ou de laisser un testament, considérée comme une peine spéciale, s'expliquait à Rome par deux raisons : 1° Par le caractère de droit public qui mettait dans le testament une fraction de la puissance publique, et qui ne permettait pas par suite, que des gens indignes ou de condition infâme pussent disposer de cette puissance, en faisant acte de législateur. 2° Par la considération que donnait au testament son importance même, et qui, jointe aux idées reli-

(1) Ulpien, L. 18, § 1 28, 1.

(2) Accarias, 4^e édit. p. 885, note 3.

gieuses de l'époque faisait redouter de mourir *intestat*. Faire son testament c'était non seulement régler la dévolution de ses biens, mais encore imposer à sa famille ses dernières volontés. Celui qui ne testait pas semblait négliger sa famille et son culte ; aussi était-ce à la fois une honte et un malheur de mourir *intestat*. Il est donc fort compréhensible qu'à Rome on ait fait de cette incapacité une peine.

Une autre cause d'incapacité résulte de la règle, qui veut que, pour, tester chacun connaisse sa propre capacité. Il se trouvera donc des gens qui, ayant toutes les qualités nécessaires pour faire un testament, ne pourront cependant pas en faire un, car il leur manquera la connaissance de leur propre capacité. L'esclave affranchi par testament et qui ignore la mort de son maître ou l'adition de l'héritier, ne peut pas tester. Le testament, fait par un fils de famille qui est dans l'incertitude sur l'existence de son père, est nul, bien qu'il soit prouvé plus tard, qu'à l'époque de la confection, le père n'existait déjà plus (1). Paul en donne pour raison que celui qui est incertain de son état ne peut pas faire un testament formel. *Nam qui incertus de statu suo est, certam legem testamento dicere non potest.*

(1) L. 14 et 15. — 28, 1. — Ulp. XX, § 11.

CHAPITRE V

Incapables par défaut de la capacité de fait

1° INCAPACITÉS RÉSULTANT DE L'ÉTAT DES FACULTÉS MORALES

Nous avons déterminé, en voyant à qui la loi donne la faculté de tester, quels sont ceux qui ne jouissent pas de ce droit. Il nous reste à examiner quels sont les individus qui, tout en se trouvant dans les conditions exigées par la loi pour avoir la *factio testamenti*, ne peuvent cependant pas exercer le droit de tester.

§ 1^{er}. — Impubères

Il est une époque de la vie où chez tous les individus l'intelligence fait défaut : c'est l'enfance ; puis elle se développe peu à peu avec l'âge, pour atteindre son développement normal à l'époque où le corps lui-même atteint généralement le sien. — On doit distinguer le temps où l'intelligence est totalement absente,

et celui où elle apparaît, mais sans atteindre son complet développement. Pendant la première période, l'enfant n'ayant ni volonté, ni raison, n'est capable d'aucun des actes de la vie civile; s'il est fils de famille, pas de difficulté, son père l'absorbe dans sa personnalité; s'il est *sui juris*, on lui donne un tuteur qui le représente dans tous les actes nécessaires à la gestion de son patrimoine. Pour la deuxième période, règle générale, l'impubère est capable de faire seul tous les actes qui rendent sa condition meilleure, il ne peut faire qu'avec l'*auctoritas* de son tuteur ceux qui rendent sa condition pire (1). Pour qu'il en soit ainsi, il faut que l'impubère ait un commencement de volonté et d'intelligence, en un mot, qu'il soit sorti de l'*infantia*. — Mais, même sorti de l'*infantia*, alors qu'il est en état de vouloir et de comprendre, l'impubère ne peut pas toujours rendre sa condition pire avec l'*auctoritas* de son tuteur. Cela ne lui est permis que dans la limite des actes d'administration, car il est souvent utile d'aliéner pour acquérir. Tout acte à titre onéreux comporte d'ailleurs une acquisition et une aliénation. Mais s'il s'agit d'actes qui ne peuvent avoir d'autre effet que d'appauvrir le pupille, le tuteur ne pourra ni les faire ni les autoriser. — Le testament rentre dans cette catégorie; le tuteur ne peut, ni le faire pour son pupille, ni lui donner son *auctoritas*, car il est en opposition

(1) Inst., I, 21.

absolue avec le but de la tutelle. Celle-ci fut instituée pour maintenir le patrimoine dans la famille, et le testament a pour effet de l'y faire échapper. — A l'origine, la défense d'autoriser les actes, qui n'ont d'autre effet que l'appauvrissement du pupille, n'eut pas besoin d'être exprimée. L'intérêt des tuteurs était une garantie suffisante contre de telles autorisations. Quel était en effet, du moins sous la loi des XII Tables, le but de la tutelle ? C'était de sauvegarder les intérêts de la famille, qui se seraient trouvés compromis par l'incapacité de l'impubère à gérer son propre patrimoine. Aussi, était-ce précisément les héritiers présomptifs, que cette loi nommait à la tutelle, et elle le faisait dans leur intérêt à eux et non pas dans celui du pupille. On n'avait donc pas à craindre que le tuteur donnât son *auctoritas* à un acte, qui l'aurait privé de son droit d'héritier légitime et dont lui seul aurait souffert. — Mais quand la tutelle devint une protection pour le pupille, et que le tuteur fut nommé par le magistrat ou par testament du père, la loi dut prendre ses précautions contre des autorisations imprudentes et coupables, et prohiber expressément celles qui étaient contraires à l'intérêt du pupille ou de sa famille. (1)

Le testament ne rentre pas non plus dans les actes qui rendent meilleure la position du pupille et que celui-ci peut faire seul. Il est permis pourtant de ne

(1) L. 1, § 1. — 27, 3 ; Gaius, I, 199.

pas voir en lui une aliénation qui rende pire la situation du pupille, puisqu'il n'a d'effet qu'après sa mort; mais on doit reconnaître que, si la loi ne lui trouve pas assez d'intelligence pour faire les contrats du droit civil, elle ne doit pas non plus lui en trouver assez pour lui laisser renverser l'ordre des successions. Ulpien XX, 12, fonde l'incapacité des impubères en matière de testament, sur ce qu'ils n'ont pas le *plenum animi judicium*; et Justinien(1) sur ce qu'ils n'ont *nullum animi judicium*. Tous deux visent une phase différente de l'impuberté, Justinien parle des *infantes*, et Ulpien, de ceux qui sont sortis de l'*infantia*.

Pour le testament, il n'y a pas, comme pour les autres actes, de demi capacité transitoire, on passe tout d'un coup de l'incapacité absolue à la pleine capacité. Mais à quel moment, à Rome, s'opérerait ce changement, puisque la raison se développe peu à peu et inégalement chez les différents individus. Il fallait établir une limite arbitraire. Une constitution de Servius Tullius fixe à dix-sept ans l'âge où l'on cesse d'être *puer* pour devenir citoyen, capable de rendre des services à l'Etat (2). A cette époque on change la robe prétexte pour la robe virile, signe extérieur de la capacité; c'est l'âge où on entre dans la vie civile, où l'armée et les comices vous sont ouverts; sous l'em-

(1) Inst.. II, 12 § 1.

(2) Aulu-Gelle, X, 28.

pire de cette constitution, le citoyen majeur de dix-sept ans était donc capable de tester. Mais à l'époque classique, nous voyons cette constitution tomber en désuétude ainsi que l'usage du changement de robe. On cherche un fait naturel, qui puisse servir de base moins arbitraire à la naissance de la capacité, que la fixation d'un âge légal. On crut trouver ce fait dans l'aptitude à engendrer ou puberté. La division en pubères et impubères devint la grande division de l'époque classique. Les pubères eurent une pleine capacité, les impubères durent avoir un tuteur pour suppléer leur manque ou tout au moins leur insuffisance de raison. Le pubère seul fut admis à tester.

— *Quand, dit-on qu'un individu est pubère?* — Gaius (1) dit que l'homme peut tester à quatorze ans et la femme à douze ans. On en a conclu que cet âge de quatorze et de douze ans déterminait invariablement la puberté. Mais au commentaire I, § 196, en parlant de la tutelle, le même auteur signale une controverse : les Proculiens fixaient la puberté dans tous les cas à quatorze ans et douze ans accomplis ; les Sabinien, et Gaius avec eux, la faisaient dépendre de l'état physique, et la déterminaient *ex habitu corporis*. De ce que Gaius, au chapitre du testament, ne fait pas à nouveau mention de la controverse, on ne doit pas conclure qu'elle n'a pas lieu sur ce point ; il a seulement voulu éviter de se répéter.

(1) Gaius, II, § 113.

De ces deux opinions, quelle est la véritable ? Il est probable que la solution des Sabinien^s a été la plus ancienne, et qu'elle a d'abord porté sur la capacité de contracter mariage ; pour cet acte, en effet, on comprend qu'on ait pris la puberté réelle pour condition, le défaut de puberté faisant obstacle au but principal du mariage. On comprend également fort bien qu'ayant trouvé une base naturelle à la capacité des époux, on en ait fait la base de la capacité pour tous les actes civils, d'autant plus que l'arrivée de cette condition se place à une époque, où l'intelligence a déjà atteint une grande partie de son développement. Pour s'assurer de la capacité civile, il fallait donc vérifier si, en fait, la puberté existait.

Mais, outre la difficulté d'une pareille vérification, et son caractère d'indécence peu compatible avec un certain degré de civilisation, ce système était peu rationnel. Si en mariage la puberté de fait est une chose principale, il n'en est pas de même pour les autres actes de la vie civile, car la raison n'est pas nécessairement liée au développement du corps. La condition physique n'a rien à faire en ce cas ; ce qu'il faut, c'est surtout une limite, la même pour tous, et qui puisse être facilement constatée par tout le monde.

L'âge moyen de la puberté devait donc tendre à remplacer la puberté elle-même, comme condition de capacité. Ulpien (1) qui rapporte cette controverse, rappelle

(1) XI, 28.

un troisième système d'un certain Priscus, suivant lequel, pour être capable, il faudrait avoir à la fois quatorze ans et la puberté de fait; ce système a tous les inconvénients du premier sans les avantages du second. Il établit une limite arbitraire sans être fixe, et maintient l'obligation de l'examen du corps. Ulpien, qui vient après Gaius, se rattache à un avis différent, et adopte pour la capacité de tester l'âge de quatorze ans; il emploie d'ailleurs l'expression *verius est*, pour bien indiquer qu'il se sépare de la doctrine qui fait dépendre la capacité de l'état du corps (1).

Pour les femmes, la difficulté plus grande de procéder à un examen physique, a fait de très bonne heure remplacer la puberté de fait par l'âge légal de douze ans. C'est ce que Justinien lui-même établit dans ses Institutes par un texte qui tranche l'ancienne controverse, et assimile la condition des garçons à celle des filles en prenant l'âge et non la puberté comme base de capacité (2). C'était arbitraire mais plus pratique.

La puberté étant, non plus une question de fait, mais d'âge, exigera-t-on que l'âge légal soit dépassé, ou suffira-t-il qu'il soit atteint? La loi 5-28, 1, se rattache à ce dernier sens: « Utrum autem excessisse debeat
« quis quantum decimum annum, ut testamentum
« facere possit, an sufficit compluisse? Propone aliquem

(1) L. 5. — 28, 1.

(2) Inst., I, 22 pr. — L. 4 au c. 6, 22.

« kalendis Januariis natum, testamentum ipso natali
« suo fecisse quarto decimo anno : an valeat testa-
« mentum ? Dico valere. Plus arbitror, etiam si pridie
« kalendarum fecerit, post sextam horam noctis valere
« testamentum : jam enim complesse videtur annum
« quartum decimum ut Marciano « videtur. »

C'est une conséquence de la règle, que le jour commencé, est réputé accompli, quand il confère un droit.

Pendant longtemps, cette division en pubères et impubères, fut la seule qu'on connut ; impubère, on ne pouvait ni se marier, ni gérer seul sa fortune, ni tester ; pubère, c'est-à-dire âgé de quatorze ans, on pouvait tout cela (1). Il n'y avait pas de différence entre un homme de vingt-six ans et un de quinze (2).

C'était certainement de l'exagération ; si, dans les pays du Midi, la puberté réelle est atteinte dès cet âge, et permet le mariage, la raison n'est pas aussi hâtive et n'arrive que plus tard, en général, à son complet développement. La nécessité de prolonger au delà de ce terme, la protection que l'impubère tirait de son incapacité, se fit donc vivement sentir, et le prêteur vint combler la lacune de la loi, en distinguant les pubères en majeurs de vingt-cinq ans et mineurs de vingt-cinq ans. Dès qu'on est pubère, on est capable, la loi le dit ; mais si l'on est mineur de vingt-

(1) L. 2, c. — 2, 30.

(2) L. 43. — 44, 7.

cinq ans et qu'on se soit laissé entraîner à faire un acte qui vous soit dommageable, le prêteur peut, au moyen de l'*in integrum restitutio*, vous remettre dans la position où vous étiez, avant d'avoir fait l'acte. Déjà au VI^me siècle de Rome, une loi *Plætoria* était intervenue, qui défendait sous des peines sévères d'abuser de l'inexpérience des mineurs de vingt-cinq ans. L'*in integrum restitutio* compléta cette loi en enlevant à la partie qui avait traité avec le mineur, le bénéfice de son acte. — Il est possible que cette institution ait trouvé son application dans la matière des testaments. Lorsque ce dernier se faisait *per æs et libram* et que le rôle du *familiæ emptor*, était tenu par l'institué lui-même, il se pouvait que le mineur de vingt-cinq ans se laissât circonvenir et fit au profit d'un intrigant, un testament sur lequel il lui fut impossible de revenir. Le dommage était évident, puisqu'il ne pouvait plus disposer à nouveau de son hérité; l'*in integrum restitutio* était donc pour lui un moyen de se dégager d'un testament imprudemment conclu. Avec le changement dans les formes du testament, cette mesure cessa d'être utile: quand le *familiæ emptor* devint un simple témoin, distinct de l'héritier, le testateur n'éprouva plus de lésion ni de dommage puisqu'il pouvait facilement révoquer son testament. L'*in integrum restitutio* était alors inutile.

§ 2. — Les Fous.

Après la jeunesse vient une seconde cause d'incapacité fondée également sur le défaut d'intelligence, c'est la folie. Les fous sont incapables de figurer dans un acte juridique quelconque, mais les jurisconsultes insistent principalement sur le testament. Labeo dit (1) : *In eo qui testatur, ejus temporis quo testamentum facit, integritas mentis, non corporis sanitas exigenda est.* Celui qui ne jouit pas de son *integritas mentis* est incapable, quelle que soit la quantité d'intelligence qu'il ait perdue. Cette condition de l'*integritas mentis* est surtout indispensable en matière de testament, puisque, d'après Modestin : *testamentum est voluntatis nostræ justa sententia de quo, quod quis post mortem suam fieri velit* (2).

La folie peut avoir deux causes, ou c'est une insuffisance de l'intelligence, une absence d'idées, et alors elle est incurable, incapable de donner lieu à des retours de raison ; ou c'est un dérangement des facultés mentales provenant soit d'une lésion physique, soit d'une émotion morale.

L'esprit conserve alors sa force, mais il ne sait plus l'employer : il pense, il a des idées, mais ne sait plus les relier ni les faire s'accorder, il raisonne de travers.

(1) Labeo, L. 2. — 28, 1.

(2) L. 1. — 28. 1.

Lorsque la cause de trouble viendra à disparaître, l'intelligence n'étant que troublée et non éteinte, reprendra ses droits, pour toujours, si la cause était purement accidentelle, ou jusqu'à un nouvel accès si la cause de trouble est sujette à des retours. On dit alors qu'il y a des intervalles lucides.

Cicéron (1) fait consister la santé de l'âme dans une sorte de tranquillité et d'égalité de sentiments : *Sanitatem enim animorum positam in tranquillitate quadam constantiaque censebant*. Donc tout ce qui trouble cette tranquillité rend l'âme *insana* (*insanitas* maladie, *insania* folie). Quelle que soit la maladie qui trouble l'âme, qu'elle soit longue ou brève; que ce soit la passion, la douleur ou la colère, ou folie proprement dite, du moment que la volonté a cessé de gouverner l'esprit, il n'y a plus *integritas mentis*, l'individu devient aussi incapable que si l'esprit faisait complètement défaut.

A côté de cette maladie, dans laquelle la volonté laisse échapper la direction des facultés mentales, mais où elle peut aussi les ressaisir, il y a l'absence complète d'esprit, qui, elle, est permanente, c'est la démence: *Nec minus illud acute, quod animi affectionem lumine mentis carentem, nominaverunt amentiam eademque dementiam*. Les Romains l'appelaient *Dementia*, ou *Insania*, ou *Stultitia*. Le mot

(1) Tusc III, 4.

de *Furor* était plutôt réservé à l'autre sorte de folie, celle qui se manifestait par accès, où l'esprit n'était pas anéanti, mais seulement troublé avec possibilité de retours à la raison. Le *demens* ne peut pas faire de testament valable. Les actes faits par le *furiosus* au cours de l'accès sont nuls au même titre que ceux faits par le *demens*; l'esprit n'étant pas soumis à la volonté, il ne peut pas y avoir plus consentement dans un cas que dans l'autre (1). Il en est différemment, quand le *furiosus* agit dans un intervalle lucide, car alors il est revenu à l'état normal, il a repris possession de lui-même et peut donner un consentement aussi valable que celui qui n'a jamais eu l'esprit troublé (2).

Toute la théorie romaine sur la folie repose sur cette distinction entre accès de fureur et intervalles lucides; aussi n'a-t-on pas traité de même l'*insanus* ou *demens* qui n'a pas de ces retours à la raison, et le *furiosus*. La loi des XII Tables, qui veillait au maintien des patrimoines dans les familles, ne s'est occupée que du dernier. Le *demens*, en effet, par son incapacité naturelle et permanente, ne pouvait pas mettre en danger le patrimoine dont il était le dépositaire; il ne pouvait faire aucun acte; ceux qu'il faisait étaient frappés de nullité. Les aliénations n'étaient

(1) Inst., III, 19, § 8. — L. 1, § 12. — 44, 7.

(2) Inst., § 1, II, 12. — L. 2, c. — 4, 38.

(3) L. 6, c. — 5, 70.

donc pas à craindre ; il aurait suffi à l'héritier d'invoquer l'état d'esprit bien connu du *de cujus* pour les faire tomber. Il n'en était pas de même du *furiosus* ; les aliénations qu'il faisait sous l'empire de la fureur étaient bien nulles, mais celles qu'il faisait dans les intervalles lucides devaient être validées, et si la validité de l'acte était attaquée longtemps après sa rédaction, si la folie ne résultait pas des termes mêmes, il aurait pu être très difficile à l'héritier de prouver que telle disposition, désastreuse pour le patrimoine avait été faite dans un moment d'incapacité. A défaut de preuve, comme l'incapacité ne se présume pas, l'acte aurait été validité. Pour parer à cet inconvénient, la loi décida que le *furiosus* serait soumis à la curatelle de ses agnats et de ses gentiles, mais que dans les intervalles lucides, lui-même reprendrait la direction de son patrimoine. Mais, dit-on, si pendant les *intermissiones* le *furiosus* gère seul, il pourra y avoir encore contestation sur la validité des actes qu'il aura faits, faute de savoir si, pendant qu'il gère seul, la folie ne l'a pas repris.

Selon M. Acarias, le curateur continuait à gérer pendant les intervalles de raison. La loi 4 § 3. — 27, 3, semble le reconnaître, puisqu'elle admet que le curateur peut-être poursuivi par l'*actio negotiorum gestorum* au cours de sa gestion ; si le *furiosus* agit en justice, c'est en effet qu'il est dans un intervalle lucide. Au contraire l'action résultant de la tutelle ne peut pas

être exercée contre le tuteur au cours de celle-ci, car l'impubère est incapable. Mais d'un autre côté, il est certain que dans les intervalles lucides le fou peut agir seul. De plus, Justinien (1), dit que dans ces moments le curateur garde son titre mais non ses fonctions. On ne peut sortir de cette difficulté, qu'en limitant les pouvoirs du curateur dans les intervalles lucides à une surveillance, non pas des biens, mais des actes du *furiosus*, le *furiosus* agira seul valablement et le curateur suivra soigneusement son administration. Dès qu'il se produira un fait qui permettra de croire que le *furiosus* est retombé dans son accès, le curateur interviendra pour contester la capacité du *furiosus* ; il demandera l'annulation de l'acte si la folie est évidente, si elle ne l'est pas, il provoquera une procédure pour la faire reconnaître. La loi respecte donc la capacité de l'homme quand il est sain d'esprit, et elle cherche à mettre la famille à l'abri des conséquences de la folie qui a frappé un de ses membres. Il ne faut donc pas dire avec Cicéron, que le non *furiosus* n'a pas de curateur parce qu'on l'a jugé suffisamment capable des actes de la vie ordinaire, tandis que l'esprit du *furiosus* serait complètement aveugle (2). Ce n'est pas en effet dans l'intérêt du fou, mais dans celui de la famille, que la loi des XII Tables a institué la curatelle.

(1) L. 6, C., 5, 70.

(2) Tusc., III, 5.

Plus tard, l'institution de la curatelle a changé de caractère ; on ne donne plus un curateur au fou dans l'intérêt de la famille, mais dans l'intérêt du fou lui-même. Le prêteur étendit donc la protection aux fous qui n'avaient pas de famille, et à ceux sans intervalles lucides, dont la loi des XII Tables ne s'occupait pas. Cette amélioration dans le sort de ces individus, n'amena aucun changement dans leur capacité personnelle, qui nous occupe plus particulièrement. Le fou, avec ou sans intervalles lucides, resta toujours incapable, pendant sa folie, de participer en rien à un acte juridique quelconque ; seulement les curateurs purent faire pour leurs protégés, ceux des actes qui se prêtaient à la représentation et les empêcher de se ruiner eux-mêmes. Dans les intervalles lucides le *furiosus* continua de garder toute sa capacité.

Faisant application de ces règles au testament, nous dirons que le *demens* ne peut jamais tester, ni le *furiosus* quand il est sous l'empire de ses accès.

L'intervention du curateur du fou ne donnerait aucune validité au testament de ce dernier. Cette intervention d'abord ne se comprendrait pas : si le testateur était un agnat, le testament se tournerait contre lui ; si c'était un curateur nommé par testament ou par le magistrat, il serait soumis aux lois qui interdisent aux tuteurs et curateurs de diminuer le patrimoine dont ils ont la garde (1) ; un tel curateur n'aurait d'ailleurs

(1) L. 12 et 17. — 27, 10, Gaius, I, 199.

aucunement qualité pour faire la loi d'un patrimoine sur lequel il n'a aucun droit. De plus, si le curateur gère le patrimoine du *demens* ou du *furiosus*, il n'a jamais à donner d'*auctoritas* ou de *consensus*. Il gère seul ou il ne fait rien. Un consentement, en effet, confirme seulement une volonté, il ne la remplace jamais; celle du fou étant absente, la volonté du curateur ne saurait la confirmer. Le *furiosus* est-il au contraire dans un intervalle lucide, il jouit de la plus pleine capacité, il pourra faire seul un testament aussi valable que celui de toute autre personne.

— Bien d'autres causes que la folie proprement dite enlèvent l'*integritas mentis*, et quoiqu'elles ne soient pas assez importantes pour donner ouverture à la curatelle, elles le sont cependant assez pour faire tomber un testament. Cicéron énumère la passion, la douleur, la colère comme actes venant troubler la tranquillité qui est la santé de l'âme. Un testament fait quand la personne est dominée par une de ces influences, dont le caractère est d'être momentanées, est nul au même titre que celui fait sous l'influence d'une maladie mentale, dont le caractère est d'être permanente ou tout au moins habituelle. Cette cause de nullité a servi de prétexte pour justifier une mesure de protection prise dans l'intérêt de la famille : je veux parler de la *querela inofficiosi testamenti*. L'héritier d'après la loi, qui se plaint d'avoir été injustement omis ou exhéredé par le testament de son auteur, peut

attaquer ce testament pour obtenir sa portion légitime. On justifia cette mesure en disant que l'oubli de ses devoirs de père ou de parent, résultait pour le testateur d'une sorte de folie qui momentanément lui a fait perdre la *factio testamenti*. « Hoc colore quasi « non sanæ mentis fuerint quum testamentum ordi-
« narent (1). » Mais ce n'est qu'un prétexte, car la folie annule le testament, et la *querela* ne lui fait subir qu'une rescision. Elle ne fait obtenir sa portion légale, qu'à l'héritier par la loi qui a intenté l'action, et non aux autres ; elle ne donne pas lieu à l'ouverture de la succession légale comme le ferait une action fondée sur la démence même (2). L'oubli des affections ne constitue donc pas une incapacité de tester. La *querela inofficiosi testamenti* rentre dans les mesures de protection prises dans l'intérêt de la famille contre la trop grande liberté de disposer du *paterfamilias* et nous n'avons pas à l'étudier ici.

§ III. — Prodiges interdits

Qu'était-ce à Rome qu'un prodigue ?

C'était, d'après la loi des XII Tables, celui qui dépensait follement l'héritage paternel reçu *ab intestat* (3),

(1) Inst., pr. II, 28.

(2) Lois 2, 5 et 17, § 1. — 5, 2.

(3) Ulp., XII, 3.

A cette individu, la loi des XII Tables interdisait tous les actes qui faisaient sa condition pire (1), et elle lui donnait, comme au fou, ses agnats ou ses gentiles pour gérer ses biens, en qualité de curateurs. Mais il fallait, 1° que les biens dépensés provinssent de la succession paternelle; et 2° que le père fut mort *intestat*. -- Ces deux conditions montrent que la curatelle existait dans le seul intérêt de la famille; si le prodigue dépensait d'autres biens, la famille qui ne pouvait compter sur eux, n'avait pas à réclamer; d'autre part, si le père avait institué son fils par testament, sa volonté d'écarter la famille, se trouvait suffisamment établie. Dès lors, l'incapacité des prodigues, tant en matière d'aliénation, qu'en matière de testament, devait se réduire à certains prodigues et à certains biens. Les causes mêmes de l'interdiction rendent donc probable ce fait, que le prodigue, même interdit, pouvait toujours tester des biens qu'il avait gagnés lui-même, ou qui lui étaient venus par testament. La cause de l'incapacité n'étant que l'intérêt de la famille, ses effets devaient se réduire à la mesure dans laquelle cet intérêt était lésé. — La curatelle des prodigues se distinguait de celle des fous, par un point important. La dernière avait lieu de plein droit, sur la simple constatation de l'état d'esprit de l'individu à soumettre à la curatelle; celle des prodigues au contraire, devait

(1) L. 6. — 45, 1.

être prononcée. Le prodigue n'était pas incapable naturellement de donner un consentement valable; il fallait pour le rendre tel, une décision spéciale, rendue après examen sur l'indépendance et la fermeté de sa volonté.

Mais, de même que la curatelle des fous, la curatelle des prodigues changea de caractère avec le temps; le prêteur prit l'intérêt, non plus de la famille, mais de la personne même du prodigue; il s'attacha à l'empêcher, non pas de ruiner sa famille, mais de se ruiner lui-même. Ce changement dans les principes en amena un grand dans les effets; désormais tous les prodigues, qu'ils aient ou non des agnats, et quels que soient les biens qu'ils dépensent, seront mis en curatelle. Cette mesure étant prise dans l'intérêt des prodigues, l'incapacité d'aliéner et de s'obliger s'étendra à tous leurs biens sans distinction. Ils n'étaient plus seulement un danger pour la famille, c'était des faibles d'esprit, moins incapables que les fous, mais n'ayant pas une volonté suffisante pour qu'on leur accordât la pleine capacité. Leur situation n'était pas sans analogie avec celle des impubères; étant portés à se déposséder, on leur interdisait de faire aucun des actes qui rendaient leur position pire, ceux qui la rendaient meilleure, leur furent toujours permis (1).

Quelle est la nature de l'incapacité de tester du pro-

(1) L. 10, *pr.* — 27, 10; — L. 6. 45, 1; — L. 3, 46, 2.

digue ? Est-ce une défense d'employer une certaine forme d'acte, ou bien la privation même du droit ? Ulpien emploie les expressions *commercio illi interdictum est... mancipare non potest*, et il en tire la conséquence, que le testament, nécessitant le *commercium* et se faisant par voie de mancipation, ne saurait être permis au prodigue Paul (1), rappelant la formule de l'interdiction, dit bien aussi *commercio interdico*. Mais toutes les lois citées plus haut, qui font des applications de cette incapacité, parlent seulement d'actes qui rendent la position pire. Elles expliquent par l'interdiction du *commercium*, le refus de la stipulation, de la fidéjussion, ou de la novation, au prodigue. Cependant si cette explication était réelle, celui-ci ne pourrait pas même faire les actes qui rendent sa position meilleure. Il ne pourrait jouer aucun rôle dans la mancipation, ce qui n'est pas, puisqu'il peut être acquéreur, *stipulando sibi adquirit* (2).

Au bas empire, l'aliénation même cesse de lui être complètement interdite. Un rescrit des empereurs Dioclétien et Maximien (3) nous apprend que l'adulte mineur de vingt-cinq ans qui a un curateur, et le prodigue interdit, sont dans une situation semblable ; et il cite ce fait, que le mineur de vingt-cinq ans pourvu d'un curateur, qui vend sans le consentement de

(1) Paul, III, 4a, 7.

(2) L. 6, pr. 45, 1.

(3) 3. C, 2, 22.

celui-ci, commet un acte nul et non plus seulement susceptible de *restitutio in integrum*. Si, comme l'ajoute ce rescrit, la situation de ce mineur est semblable à celle du prodigue interdit, il faut en tirer une autre conséquence : c'est que le prodigue, qui autrefois ne pouvait ni aliéner, ni s'obliger même avec le consentement de son curateur, aura lui aussi le droit que nous connaissons à l'adulte mineur de vingt-cinq ans qui a un curateur, d'aliéner valablement avec le consentement du curateur (1). Le prodigue n'est donc pas déchu réellement du *jus commercii*, comme par exemple le pérégrin, déchéance qui entraînerait pour lui incapacité de figurer même comme acquéreur dans la mancipation. Il n'a pas perdu le *commercium*, c'est manciper qui lui est interdit. On ne peut donc pas faire résulter de l'interdiction du *commercium* l'incapacité de tester du prodigue ; tout ce qu'on peut accorder, c'est que le testament *per æs et libram* est impossible. Mais, il existe d'autres formes du testament, et ni la forme nuncupative, ni celle du testament tripartite (2), ne sont davantage ouvertes au prodigue. Est-ce donc que tester rend plus mauvaise sa situation ? Mais un testament n'appauvrit pas celui qui le fait ; laisser à quelqu'un ses biens pour l'époque qui suivra votre mort n'es pas une aliénation.

Il faut se dépouiller de quelque chose, d'un droit

(1) VII appendice de M. Labbé, livre I, Ortolan. *Institutes*.

(2) Inst. II. 12 § 2.

CHAPITRE VI

Substitution pupillaire et quasi-pupillaire

§ 1^{er}. — Substitution pupillaire

Nous venons d'examiner plusieurs hypothèses, où le défaut plus ou moins grand d'intelligence peut entraîner pour certains individus l'incapacité de tester.

Est-ce à dire que si de telles personnes meurent sans avoir atteint ou recouvré leur capacité, elles mourront nécessairement sans testament? Il n'en est rien ; pour les fous notamment et pour les prodigues, il a pu se passer d'abord un temps assez long sans que la maladie se déclare, ou sans que la prodigalité apparaisse ; jusqu'à cette époque, ces personnes auront donc pu valablement tester. La cause d'incapacité survenant plus tard ne devait pas atteindre le testament déjà fait. Justinien dit bien que certains auteurs refusaient au fôu de tester dans les intervalles lucides,

pour rendre sa condition pire, et le testateur ne se dépouille même pas du droit de tester à nouveau. Si le prodigue ne peut pas tester, c'est qu'à Rome le testament est un acte supérieur en gravité aux autres actes juridiques, c'est qu'il ne concerne pas seulement le patrimoine, mais est une fraction de la puissance publique; et tandis que la loi permet au prodigue du bas empire (1) de faire seul ou avec le *consensus* de son curateur, les actes qui ne concernent que sa fortune ou sa personne, elle lui refuse absolument de faire un testament. Elle ne peut en effet remettre sa puissance ni, son sort dans les mains d'un individu qui n'a pas une intelligence assez complète pour juger sainement de ses propres intérêts. La véritable cause de l'incapacité du prodigue en matière de testament n'est donc pas qu'il ne peut pas Manciper, puisqu'il y a d'autres formes, ni que cet acte rend sa condition pire, c'est que, de même que l'impubère, il n'a pas le *plenum animi iudicium* (2); « La prodigalité est une folie relative aux biens (3) ».

(1) *Rescrit* de Dioclétien et Maximien, C. 3, c. 2-22.

(2) *Rescrit* d'Antonin le Pieux, l. 12, § 2. — 26, 5.

(3) *Inst.*, II, 12, § 2.

mais il repousse cette doctrine (1). La folie est un obstacle à l'exercice du droit de tester, elle ne fait pas perdre le droit lui-même d'avoir un testament, la *factio testamenti*, comme le ferait, par exemple, la grande ou moyenne *capitis deminutio*. Le fou et le prodigue peuvent donc avoir ainsi une succession testamentaire. Bien plus, ayant testé avant la folie, et mourant sans avoir recouvré la raison, les fous n'auront pas pu revenir à la succession légale; révoquer un testament, c'est en effet exercer la faculté de tester; revenir à la succession légale après l'avoir écartée, c'est encore modifier l'ordre successif. La révocation est un acte qui exige comme le testament la plus pleine raison.

Mais il y a un autre cas bien plus intéressant, où l'impubère et le fou peuvent décéder sans avoir jamais eu un instant de capacité, et cependant laisser une succession testamentaire.

Je veux parler de la substitution pupillaire et quasi pupillaire. Nous avons vu le grand intérêt que les Romains portaient au testament; c'était l'acte par lequel le *pater* assurait la continuité de ses *sacra*, il choisissait lui-même l'héritier qui en aurait le plus de soin, et évitait la succession légitime par laquelle l'héritier pouvait toucher le bénéfice de l'hérédité, tout en se débarrassant des charges religieuses par

(1) L. 9, C. 6, 22.

une *in jure cessio*. Ces résultats qu'on voulait obtenir en faisant un testament auraient pu quelquefois n'être pas atteints, par exemple lorsque le testateur ne laissait pour héritiers que des personnes incapables elles-mêmes de tester. L'inconvénient qui était prévu pour la première génération allait se retrouver à la seconde. Le père avait un testament, mais le fils, s'il mourait après son père et sans avoir atteint l'âge de la puberté, n'avait pu en faire un. La coutume permit alors au père de tester, d'abord pour lui-même, et ensuite pour son fils au cas où celui-ci viendrait à mourir impubère. De cette façon plus de crainte possible, le fils était héritier testamentaire et avait lui-même un tel héritier ; la conservation des *sacra* était assurée. On étendit plus tard ce droit aux pères de familles dont les enfants étaient fous. Cette institution semble une anomalie : le tuteur qui peut autoriser son pupille à s'obliger, ne peut pas donner à ce dernier l'autorisation de tester ; le *consensus* d'un curateur est inutilement donné au testament du prodigue, et nous voyons valider un tel acte fait tout entier par autrui. Comment admettre que le testament d'une personne puisse être fait de toutes pièces par une autre ? C'est qu'ici les deux hérédités sont si rapprochées qu'elles se confondent presque. Le tuteur et le curateur n'ont pas d'intérêt à la perpétuité des *sacra* de leurs pupilles, et par conséquent on ne saurait attendre d'eux la prévoyance de celui

qui teste pour lui-même ; le père, au contraire, ne voit dans l'hérédité de son fils que la sienne propre, et c'est toujours elle dont il s'occupe, quand il s'occupe de celle de son fils. L'hérédité du fils n'est que l'hérédité du père, à une génération de distance ; les *sacra* sont les mêmes ; la plupart du temps elle ne comprendra d'autres biens que ceux qui viennent du père. Rien de plus conforme à la théorie romaine de la *patria potestas* que de faire durer celle-ci jusqu'à l'époque où le successeur devient lui-même capable. Déjà en matière de tutelle cette puissance dépassait la limite de la vie de la personne, puisque le père pouvait désigner par testament le tuteur de son fils ; la substitution pupillaire avait de son côté pour but de permettre au père de disposer lui-même de sa succession pour tout le temps où son fils serait incapable d'en disposer lui-même.

Une condition indispensable à la validité de la substitution, condition qui repose sur la cause même de cette institution, c'est qu'elle soit faite par le père à un enfant qu'il a en sa puissance (1). Faire une substitution pupillaire à un émancipé serait impossible ; cela d'ailleurs n'aurait pas raison d'être. L'émancipation rompt les liens de famille, elle enlève à l'enfant ses droits à la succession du père, lui fait perdre sa qua-

(1) Inst., II, 16, pr.

lité de *heres suus et necessarius*, et fait de lui, s'il est néanmoins institué par son père, un héritier externe. L'émancipé est *paterfamilias* du vivant de son père, il est capable d'avoir un patrimoine et par conséquent une hérédité distincte de la sienne; si le père testait pour lui, il donnerait à l'héritier ainsi substitué, une vocation à une hérédité qui n'est pas la sienne, à lui testateur, et sur laquelle il n'a jamais eu aucun droit. Le père de famille ne peut donc tester à la place d'un enfant, que si cet enfant est un *suius* (1).

Mais il faut de plus, pour que la substitution ait son effet, qu'il ne se produise pas de changement dans les conditions qui ont donné naissance à cette institution; c'est-à-dire, que l'enfant auquel on donne un héritier substitué, soit par la mort du testateur devenu capable d'avoir un testament, et cependant demeuré incapable par son âge d'en faire un. La substitution ne s'ouvrira donc pas si l'impubère meurt avant le testateur ou s'il est émancipé du vivant de celui-ci (2); car mort ou émancipé, le fils ne fait plus partie de la famille du testateur. Dans le premier cas, il ne devient pas capable; dans le second, ce n'est pas la mort du père qui le rend capable d'avoir un testament. Dans les deux cas l'héritage de son père lui échappe.

Elle ne s'ouvrira pas non plus si l'enfant auquel on a donné un substitué ne devient pas *sui juris*, mais

(1) L. 2 pr., 28-6. — Inst. pr. 2-16.

(2) L. 41, § 2. — 28, 6.

tombe sous le pouvoir d'un autre ascendant par la mort du testateur ; car alors c'est cet ascendant qui est le chef de la famille, et lui, peut faire un testament (1). — Enfin, l'arrivée du pupille à la puberté est la dernière cause qui fasse tomber la substitution (2), c'est qu'en effet l'incapacité cesse, et le fils pouvant tester pour lui-même, l'acte de prévoyance du père se trouve sans objet.

Justinien nous parle bien d'une autre cause qui fait tomber la substitution pupillaire, mais elle repose sur une toute autre idée que les précédentes, et est même contraire à l'esprit de cette substitution. Celle-ci fut établie, comme nous venons de le voir dans l'intérêt du testateur et du pupille, qu'il ne fallait pas laisser mourir *intestats*. Justinien, par suite du changement apporté dans les idées religieuses, n'y voit plus qu'un bénéfice pour le substitué, et il déclare celui-ci, déchu du droit à la substitution, lorsque la connaissant, il est resté un an sans provoquer la nomination d'un tuteur au pupille (3).

Cette première condition, à savoir que la substitution soit faite à un *suus*, est la condition essentielle ; c'est la principale, mais ce n'est pas la seule. Comme la substitution a été accordée pour qu'il n'y ait pas d'interruption dans le culte de la famille, il faudra,

(1) L. 2, pr. 28, 6.

(2) Inst., II, 16, § 8.

(3) L. 10, c. — 6, 58.

pour donner un testament à son descendant, qu'on ait laissé soi-même un testament (1). Une autre raison, d'ailleurs, exige cette condition; c'est que la substitution pupillaire est une disposition testamentaire, et que toute disposition testamentaire tire sa valeur de l'institution d'héritier. Cette institution d'héritier, une fois faite et quelle qu'elle soit, la substitution vaudra; il n'est même pas nécessaire que ce soit le fils qui soit institué héritier; ce dernier peut à la fois être exhérité par son père et recevoir de lui un héritier substitué (2). Cependant, ce fait n'a dû se produire qu'assez tard, lorsque les idées religieuses s'étaient affaiblies pour faire place, dans le testament, à l'intérêt temporel; on n'aurait pas compris, à l'origine, que le père donnât au fils un héritier, c'est-à-dire un continuateur des *sacra*, sans qu'au préalable il eut transmis ceux-ci à son fils.

Quoi qu'il en soit, à l'époque de Gaius (3), l'institution du fils n'était pas exigée; c'est que le droit du père d'assurer le culte de la famille s'était transformé pour lui en droit d'exercer, de son vivant, les droits pécuniaires qu'après sa mort pourrait avoir son fils. Un autre principe, qui n'a dû apparaître que vers la même époque, c'est que la substitution pupillaire comprend le patrimoine entier de l'impubère, aussi bien ce qui vient du père que ce qui a été acquis depuis

(1) Inst., § 5, II, 16.

(2) Inst., § 4, II, 16.

(3) II, § 182 et 183.

la mort du testateur (1). Il y a là, en effet, plus que l'hérédité du père, et il faut, pour l'expliquer, plus que l'intérêt du père à sa propre hérédité. Il faut qu'on lui ait reconnu la faculté d'exercer le droit qui appartient à ses enfants. Cicéron rapporte une discussion sur ce point, et dit qu'on s'est décidé dans le sens de la totalité, pour ne pas violer la règle *nemo partim testatus, partim intestatus* (2).

Formes de la substitution. — La substitution est une partie du testament du père. Elle peut être faite sur les mêmes tablettes que le testament, et dans ce cas la seule condition de forme est qu'elle vienne après l'institution d'héritier (3) d'où elle tire sa valeur. Mais elle peut être faite également par acte postérieur et séparé, et comme c'est elle-même un testament, toutes les conditions de forme du testament devront être remplies (4). Il n'est pas nécessaire toutefois que les deux testaments soient faits dans la même forme, il suffit que tous deux constituent un testament complet ; le premier testament peut être écrit, le second dans la forme nuncupative et réciproquement (5). La subordination de la substitution au testament la fait ressembler aux codiciles, mais elle s'en distingue par

(1) Inst., § 4, II, 16. — L., 10, § 5. — 28, 6.

(2) Cic. *de Inv.*, II, 21.

(3) L. 2, § 4. — 28, 6.

(4) L. 16, § 1. — 28, 6.

(5) L. 20, § 1. — 28, 6.

deux caractères principaux : 1° Elle contient une institution d'héritier, ce qui ne peut avoir lieu par un codicille ; 2° Faite par acte séparé, elle doit remplir toutes les conditions de forme d'un testament ; le codicille n'est soumis à aucune condition de forme (1). Quel que soit le mode employé pour la faire, la substitution n'a pas de valeur propre ; c'est un accessoire du testament et elle suit le sort de ce dernier. Que le testament soit nul, *irritum*, caduc, que tous les héritiers institués refusent de faire adition, comme il ne produit aucun effet, la substitution non plus ne vaudra point (2) ; mais qu'il conserve le plus petit effet, c'est-à-dire que nul suivant le droit civil, il soit conservé par le préteur, ou bien qu'il ne soit que rescindé pour partie, la substitution sera maintenue tout entière (3).

Faut-il conclure de tout cela qu'il n'y a qu'une seule hérédité, ou que l'hérédité du fils est distincte de celle du père ?

Dans le premier sens on articule : 1° qu'il n'y a qu'un seul testateur ; 2° que la substitution a été établie pour éviter la dévolution *ab intestat* des *sacra* du père à la génération postérieure ; 3° que la validité de la substitution est subordonnée à celle du testament.

Dans le deuxième sens on dit : 1° le fils peut être exhéredé et recevoir un substitué pupillaire ; 2° l'héré-

(1) Inst., § 3, II, 25.

(2) L. 2, pr., L. 10, § 4., L. 16, § 1. — 28, 6.

(3) L. 34, § 2., L. 2, § 3. L. 31, pr. — 28, 6. — L. 8, § 55. — 5, 2.

dité du fils peut contenir plus ou autre chose que celle du père.

La question présente un certain intérêt pratique : s'il n'y a qu'une seule hérédité, l'héritier substitué du fils sera considéré comme l'héritier du père, et il devra venir à la succession du fils avec les mêmes qualités qu'il aurait eues à la succession du testateur. Aurait-il été héritier nécessaire de ce dernier, il le sera du fils du testateur ; aurait-il été héritier externe il sera libre de faire adition ou de répudier la substitution. Or, c'est là ce que nous disent plusieurs textes. Ulpien (1) : *Quos possum heredes mihi facere necesarios possum et filio* ; de même, Scœvola (2). Ces textes semblent donc démontrer qu'il n'y a qu'une seule hérédité. Un autre argument est que, dans le silence du testateur, le substitué pupillaire est substitué vulgaire et réciproquement. Le testateur a préféré son descendant au substitué, et le substitué aux héritiers de la loi dans les deux cas ; sa volonté étant manifeste on l'étendra au-delà de la stricte expression (3).

Cependant quand le substitué pupillaire est institué principal dans le premier testament, nous avons des textes qui permettent de conclure, les uns à deux hérédités, les autres à une seule. Nératius (4) décide que le substitué pupillaire, investi de l'hérédité du père, ne

(1) L. 10, § 1. — 28, 6.

(2) L. 48, § 2. — 28, 6.

(3) L. 4, pr. 23, 6.

(4) L. 59. — 29, 2.

peut plus répudier celle du fils et cela, quand bien même il viendrait à mourir avant l'ouverture de la substitution : il y aurait là un droit d'accroissement, « conjungi « eam paternæ hereditati et ad crescendi jure adquiri « cuicumque patris heredi existimandum est. »

D'un autre côté, les trois grands jurisconsultes de l'époque classique donnent des solutions contraires :

1° Ulpien suppose plusieurs substitués ayant tous fait adition de l'hérédité du testateur, il n'admet à la substitution que ceux qui survivent à l'impubère et repousse les héritiers des prédécédés (1).

2° Si le substitué, esclave ou fils de famille, quand il a fait adition de l'hérédité du père, devient *sui juris* avant la mort de l'impubère, ce sera pour lui et non pour son ancien maître qu'il acquerra la substitution (2).

3° Enfin Papinien (3) décide que l'enfant qui s'est abstenu de l'hérédité paternelle n'est pas obligé de s'abstenir de l'hérédité de son frère auquel il a été substitué. Cependant si le substitué a été institué seul ou avec l'impubère seul, la répudiation du testament l'empêchera de profiter de la substitution ; s'il est institué seul, son refus ôte tout effet au testament et annule la substitution ; s'il est institué avec l'impubère, la substitution lui donnerait ce qu'il a refusé dans l'institution, ce qui serait revenir sur une répudiation (4).

(1) L. 8, § 1 et 10 pr. 28, 6.

(2) Ulp., L. 8, § 1 et Modestin., L. 3, 28, 6.

(3) L. 12. — 28, 6.

(4) L. 10, § 3 et 4. — 28, 6.

Pour se conformer au principe de la substitution, on doit dire qu'il n'y avait, du moins à l'origine, qu'une seule hérédité, celle du père. Celui-ci avait deux héritiers ou deux ordres successifs d'héritiers. Le second degré venait à la succession, non pas des héritiers du premier degré, mais à celle de l'auteur de ces premiers héritiers; aussi étant héritier du père, rien d'étonnant que ce fut par rapport à lui et non par rapport à l'enfant que se jugeait la qualité d'externe ou de nécessaire; rien d'étonnant non plus que le substitué qui a fait adition comme institué dans le testament du père ne puisse plus repousser la substitution : c'est une application de la règle *semel heres, semper heres*. Il est héritier pur et simple pour une part et conditionnellement pour une autre. L'adition n'est pas susceptible de division.

Mais comment répondre à l'objection tirée des textes des trois jurisconsultes : Ulpien, d'abord, est invoqué dans les deux sens, l'héritier nécessaire du père est héritier nécessaire du fils ; et d'autre part parmi les institués substitués, ceux-là seuls viennent à la substitution, qui vivent encore aux jours où elle est ouverte, ce qui contredit formellement la phrase de Neratius, *non potest hereditatem filii prætermittere... etiam si vivo pupillo mortuus erit, deinde pupillus impubes decesserit*. La solution donnée par Ulpien pourrait s'expliquer en ce sens, que la substitution étant faite *intuitu personæ* ne doit profiter qu'aux personnes

instituées encore existantes au jour de son ouverture et non à leurs héritiers. Il en serait de même dans l'hypothèse de Modestin, l'accroissement irait non pas à la portion, mais à la personne. Cette attention donnée au respect de la personne même, inscrite par le testateur, et la moindre importance des *sacra* amenèrent un changement dans l'opinion, et une tendance à voir deux hérédités distinctes. Ce mouvement dût commencer avec la faculté de donner un substitué à un fils exhéré. La loi 12-28. 6 de Papinien, montrerait l'extrême limite qu'ait atteinte ce mouvement, en permettant à l'institué qui s'est récusé, d'accepter la substitution.

Quoiqu'il en soit, Justinien revint au droit primitif, en décidant que l'institué ne pourrait pas prendre un parti différent pour la substitution et l'institution (1).

§ II. — Substitution quasi pupillaire.

Jusqu'ici nous n'avons parlé que du père qui teste pour son fils impubère; mais les mêmes raisons existaient pour n'importe quelle incapacité atteignant les descendants du testateur. La loi 43, pr. 28, 6, nous dit bien qu'on pouvait obtenir de l'empereur la permission de tester pour son fils muet ou fou; mais jamais à l'époque classique cette faveur ne devint la

(1) L. 20, c. — 6, 30.

règle, et ne pût être comparée à la substitution pupillaire. Ce n'est que Justinien qui généralisa ces cas particuliers et décida qu'un père de famille pourrait toujours tester pour son fils fou, lorsque celui-ci ne l'aurait pas fait lui-même (1). Cette substitution faite *ad exemplum pupillaris substitutionis*, n'est pas identique à cette dernière. D'abord, Justinien parle dans la loi 9, d'un testateur, d'une testatrice ou d'un ascendant quelconque, ce qui écarte l'idée de puissance paternelle. Deuxièmement, il ne faut pas que le testament puisse donner lieu à la *querela inofficiosi testamenti*, c'est-à-dire, que le testateur doit avoir laissé sa quarte légitime au descendant pour qui il teste. Troisièmement, le choix du substitué n'est pas libre; si le fou a des descendants, c'est parmi eux qu'il doit être choisi, s'il n'en a pas ce sera parmi ses frères ou ses sœurs. La loi 9 n'étend pas plus loin la limite dans le choix de l'héritier substitué. Justinien déclare en outre que la substitution tombe, si le fou recouvre la raison. Il dit suivre ainsi l'exemple de la substitution pupillaire qui s'évanouit avec la capacité du pupille. Mais la capacité du pupille devenue pubère est définitive, tandis qu'on peut comprendre un retour de la folie. Devra-t-on dire dans cette hypothèse, que le retour même momentané fera tomber la substitution? Justinien ne le dit

(1) Inst. § 1. II, 16; — L. 9, C. — 6, 26.

pas. Il y a eu là un instant de capacité que le fou a pu mettre à profit pour tester, et s'il l'a fait la substitution tombe; mais s'il ne l'a pas fait? à s'en tenir au texte, la substitution doit tomber. L'ascendant, s'il vit encore, aurait par contre la faculté de faire une nouvelle substitution, s'il ne vit plus, la disposition ne peut plus reprendre de valeur, car la faculté de tester a existé un moment chez le fou.

Une autre question peut surgir à propos de la faculté laissée à tous les ascendants de tester pour leurs descendants. Si tous peuvent tester, il se trouvera plusieurs testaments pour le même descendant, et la règle de la substitution pupillaire, qui fait porter celle-ci sur le patrimoine entier du pupille ne trouvera plus son application. Certains auteurs prétendent cependant l'appliquer, et donnent les solutions suivantes au conflit qu'ils soulèvent : — Les uns disent que le testament du père est préféré à celui de la mère, celui de la mère à celui du grand'père paternel, puis de la grand'mère, etc. — D'autres, que les substitués des différents ascendants sont entre eux comme des cohéritiers, et se partagent également le patrimoine. — D'autres, que le testament du dernier survivant l'emporte. — D'autres, que c'est le premier rédigé. Mais toutes ces solutions sont arbitraires, elles exigeraient une décision législative dont on ne trouve pas trace dans les textes, puisque ceux-ci ne laissent même pas soupçonner le conflit.

Or, une seule doctrine évite ce conflit, c'est celle qui ne donne droit aux substitués, dans la fortune du fou, qu'aux biens provenant du testateur. Appeler quelqu'un comme héritier à une fortune qui n'a jamais été la vôtre, est une énormité qui doit éveiller la défiance de chacun. Cela existait, il est vrai, dans la substitution pupillaire, mais cette dernière avait pour fondement la *patria potestas*, dont il n'est nullement question dans la substitution quasi pupillaire. Justinien écartant la *patria potestas* comme fondement de sa nouvelle institution a dû prendre pour principe l'idée suivante qui est simple et bien compréhensible : Un individu qui a un descendant fou, doit pouvoir régler à son gré, pour l'époque qui suivra la mort de l'incapable, la dévolution des biens que lui-même laissera à ce dernier (1).

Ce désir légitime ne pouvait être auparavant atteint que très imparfaitement au moyen des fidéicommiss; il était, en effet, impossible de grever de charges la portion légitime et les quartes Falcidie ou Pégasienne; ou bien il fallait des mesures de faveur spéciales, telles que l'autorisation des empereurs. Justinien généralisa cette faveur, en créant, *humanitatis causa*, la substitution quasi pupillaire.

En somme, de la ressemblance avec la substitution pupillaire, on ne saurait conclure à l'identification des deux institutions. Justinien, tout en invoquant une

(1) M. de Vangerow, *Lehrbuch*, t. II, § 456.

parité de motifs, a bien fait produire à la substitution quasi pupillaire, des effets différents de ceux de la substitution pupillaire. Il donne à tout ascendant le pouvoir de tester pour son descendant fou, pourquoi n'aurait-il pas aussi pu modifier l'objet de la substitution ?

La substitution ne portant que sur les biens venant du testateur, était d'ailleurs connue et déjà admise dans les testaments militaires (1). Il faut donc dire que la substitution faite par chaque ascendant ne sera valable que pour la partie des biens laissés par le testateur. Cette théorie a le désavantage de laisser le fou mourir partie *testat*, partie *intestat*; mais mieux vaut cet inconvénient, surtout à cette époque avancée du droit romain, que celui qui consisterait à laisser à un ascendant qui n'a pas la puissance paternelle, le droit de faire pour son descendant un testament sur des biens qui ne viennent pas du testateur.

(1) L. 15. — 28, 6; — L. 5. — 29. 1.

CHAPITRE VII

2° Incapacités résultant de l'état des facultés physiques.

Incapacité des sourds, des muets et des aveugles.

Nous avons déjà vu que le testament, en tant que fraction de la puissance publique, devait être concédé par la loi ; comme droit civil, il était refusé à tous ceux qui ne faisaient pas partie de la cité ; comme acte juridique, il est réservé à ceux dont l'intelligence est assez développée. Un dernier caractère vient encore restreindre son application ; c'est un acte solennel, et comme tel, interdit à ceux qui ne peuvent pas manifester leur volonté dans les formes prescrites. Qui ne sait pas écrire, ne pourra pas faire un testament écrit ; un muet ne pourra pas tester dans la forme nuncupative, ni un sourd ou un aveugle dans la forme de la mancipation, car le testateur doit pouvoir suivre

l'exécution des formalités et entendre les paroles solennelles de l'acquéreur.

La forme des testaments s'étant modifiée plusieurs fois dans le cours du droit romain, les incapacités qui résultaient de cette forme se sont modifiées avec elles. Dans le testament *calatis comitiis* il fallait pouvoir prendre la parole dans les comices, et dans celui *in procinctu* faire partie de l'armée. Mais le peu de connaissance que nous avons de cette époque, et le caractère exceptionnel des testaments à l'origine, nous permet de passer tout de suite à la seconde forme, c'est-à-dire au testament *per aes et libram*. Ce testament est une vente fictive, mais tous les éléments nécessaires à la validité d'une vente véritable doivent s'y trouver.

En présence des cinq témoins et du *libripens*, l'héritier jouant le rôle d'acquéreur prononce les paroles solennelles et fait les gestes usités ; le testateur n'a qu'à donner son acquiescement, mais il lui aura fallu suivre l'opération dans tous ses détails ; s'il est sourd, il n'aura pas pu entendre les paroles de l'héritier ; s'il est aveugle, il n'aura pas vu si les formalités sont remplies, et dans l'un ni dans l'autre cas, il ne donnerait un acquiescement en connaissance de cause. Si donc un aveugle ou un sourd fait cependant un testament dans cette forme, le testament sera nul (1).

(1) L. 9, 4. — 38, 8. Ulp. XX, 13.

Quand la mancipation est réelle le vendeur peut garder le silence (1); quand il s'agit de testament l'aliénateur ne peut pas se borner à manifester sa volonté d'une façon quelconque; les legs se faisant sous forme de pactes adjoints, il devra les imposer par la parole; le muet ne pourrait pas imposer de legs à son héritier. Jusqu'ici nous avons raisonné dans l'hypothèse où le testateur traite directement et verbalement avec l'héritier. Quand le rôle de l'acquéreur est joué par une tierce personne, on prend l'habitude de rédiger d'avance le testament par écrit, pour en conserver secrètes les dispositions, et après les formalités de la mancipation le testateur déclare que l'écrit contient ses dernières volontés. Cette déclaration appelée *testamenti nuncupatio* vint rendre absolue l'incapacité du muet qui ne pouvait pas la prononcer (2). Désormais toute la valeur du testament réside dans les tablettes, le reste n'est plus qu'un ensemble de formalités inutiles et dont le préteur ne tient plus compte. Un testament écrit, portant la signature de huit témoins, fait obtenir la *bonorum possessio* (3). Le muet, le sourd et l'aveugle ne trouvaient donc plus dans leur infirmité un obstacle à employer cette forme. Il en était de même du testament nuncupatif, sauf pour le muet (4). Le testament tripartite lui-

(1) Gaius, I, § 119. — Ulp. 49, § 3.

(2) Ulp., XX, 13.

(3) Gaius, II, § 119. — Ulp. 28, 6.

(4) L. 21 pr. 28, 1. — L. 2, c. 6, 11.

même dont les formes ne sont prescrites que pour mettre hors de doute la volonté du disposant n'était plus incompatible avec l'état de mutisme ou de surdité. Il aurait donc été raisonnable que la loi permit aux sourds, aux muets et aux aveugles de tester dans les formes que leur état physique ne leur interdisait pas, mais il n'en fut pas ainsi. L'incapacité physique de ces personnes fut érigée en incapacité légale, et il fallut un ordre des empereurs pour leur permettre d'user des testaments à leur portée. Jusqu'à Justinien, les sourds et les muets ne pouvaient tester qu'avec l'autorisation de l'empereur (1). Ce prince leur étendit le droit de tester librement; il permit également de tester au sourd-muet qui pourrait écrire.

Les aveugles pouvaient déjà tester dans la forme nuncupative, l'empereur Justin leur permit le testament tripartite (2).

Reste donc comme seule incapacité, provenant de l'impossibilité d'exprimer sa volonté dans les formes prescrites, celle du sourd-muet de naissance. Cette dernière incapacité ne résulte même pas de la forme du testament, mais de l'impossibilité de pouvoir exprimer sa volonté dans une forme quelconque.

(1) L. 7. — 28, 1.

(2) L. 8, c. 6, 22. — Inst., § 4, II, 12.

RÉSUMÉ

En résumé, en droit romain, le testament est d'abord inconnu : puis il apparaît pour rectifier dans certains cas, la succession du culte domestique. La loi pour former une législation successorale qui puisse s'appliquer à tous, étend ensuite à la succession des biens, les règles de transmission des *sacra* ; la succession testamentaire devient alors générale.

Mais les jurisconsultes, au lieu de voir, dans cette disposition de la loi, une reconnaissance du droit de tester, y voient son origine même, et font de cette concession prétendue de droit, une faveur restreinte aux personnes auxquelles la loi l'accorde. Le caractère naturel de ce droit, amène insensiblement la loi à étendre successivement sa faveur aux plébéiens, aux femmes, aux *servi publici*, aux fils de famille possédant des pécules *castrense et quasi castrense* ; à modifier les formes du testament pour le rendre accessible à un plus grand nombre de personnes, muets, sourds,

aveugles. Par suite de ces extensions, la capacité de tester devient la règle et l'incapacité l'exception. Sous Justinien, on ne trouve plus comme incapables que les esclaves (sauf exception), les captifs, les fils de familles (sauf exception), les *peregrins sine certa civitate*, les *intestabiles*, les impubères, les fous, les prodigues interdits, et les sourds-muets de naissance.

DROIT COUTUMIER

CHAPITRE PREMIER

Droit successoral des coutumes, opposé à celui du droit romain. — Son origine est dans le droit germanique.

Le droit successoral est un des points où se marque avec le plus de netteté la différence du droit coutumier et du droit romain. 1° A Rome la succession la plus répandue, c'est la succession testamentaire. En droit coutumier on dit au contraire « Institution d'héritier n'a lieu ». Le testament quand il devient en usage n'enlève pas la saisine à l'héritier de la loi, il n'a que la valeur d'un legs. 2° A Rome, la *Novelle* 118 suivait l'ordre probable des affections ; en droit coutumier, la règle *paterna paternis*, fait un devoir de laisser les biens indépendamment du degré, aux descendants de ceux qui ont mis ces biens dans la famille. 3° A Rome, il n'y a qu'une succes-

sion pour l'ensemble du patrimoine, en droit coutumier, il y en a une pour chaque espèce de biens. — 4° A Rome la légitime seule protégeait la famille, en droit coutumier il existait toute une série d'entraves au droit de disposition.

Les origines du droit coutumier sont, en matière de succession, les coutumes germanes. Les Germains dont nous parle Tacite, étaient groupés par famille, et chez eux la famille primait l'individu.

Elle se maintenait par la vie en commun de ses membres; et la propriété collective de la famille fut pour les Germains la première forme de la propriété.

Tacite nous dit qu'ils ignoraient le testament, mais qu'ils connaissaient la dévolution *ab intestat* (1); c'est donc que la propriété individuelle existait déjà chez eux à cette époque, car toute succession suppose la propriété.

S'ils ont commencé comme les Romains, par la propriété collective, pour arriver à la propriété individuelle, ils ont suivi une autre route. La propriété individuelle est née, pour les Romains, de la concentration dans les mains d'un seul, de tous les droits qui formaient le patrimoine de la famille. Chez les Germains on ne connaissait pas ce pouvoir exorbitant du père. Tout membre de la famille avait sa personnalité juridique et participait au patrimoine

(1) Tacite, *Germanie*, 20.

commun (1). L'égalité entre eux était la règle; les seuls pouvoirs qu'on exerçât les uns sur les autres résultaient des nécessités de la protection (2), et ils ne duraient que le temps où cette protection était nécessaire. L'autorité du mari sur sa femme, ou de la famille sur les filles et les veuves était permanente, car la faiblesse des femmes l'était également; mais l'autorité paternelle cessait avec la majorité de l'enfant (3). Tous les membres de la famille étant égaux, un seul ne pouvait pas comme à Rome, exercer les droits de tous.

Dans la famille germaine tout était mis en commun, les amitiés et les haines, la défense et la vengeance (4); mais une communauté absolue appliquée aux biens, aurait ôté au patrimoine familial une grande partie de sa valeur. Si la propriété resta commune (5), l'usage des biens fut du moins réparti entre les communs propriétaires. Cette attribution d'abord précaire, prit avec le temps le caractère de perpétuité; les biens sur lesquels portait le droit de l'usager restèrent constam-

(1) Tacite, 21; *Loi Salique*, 65.

(2) Ce point est pourtant contesté par M. Fustel de Coulanges (*Recherches sur les Germains*.— *Acad. des sciences morales et politiques*, t. 124). L'opinion que le *mundium* est un pouvoir de protection est soutenue au même endroit par M. Glasson.

(3) *Lex Salica*, titre 63. Le fils peut de lui-même se séparer de sa famille. Ce qui prouve que passé l'âge de la protection, le seul lien qui maintienne la cohésion de la famille, c'est la volonté de chacun et non l'autorité du chef.

(4) Tacite : *Germanie*, 21, *Suscipere tam inimicitias seu patris, seu propinqui quam amicitias necesse est*.

(5) Tacite, 26; César, VI, 22.

ment dans la même branche, et la propriété se substitua peu à peu à l'usage. Mais cette attribution des biens communs aux différents membres de la famille n'avait pas le caractère d'un partage; elle était faite, moins dans l'intérêt de chacun, que pour le profit de l'ensemble; aussi s'occupait-on, moins de donner à chacun une valeur égale, que de leur attribuer les objets dont ils pourraient le mieux faire usage pour rendre la famille forte et respectée. Cette idée qui présidait à l'attribution des biens aux membres de la famille, nous la retrouvons dans les règles de succession d'une époque bien postérieure. La propriété individuelle était connue depuis longtemps, que la loi des Francs-Saliens donnait la terre salique, celle qui venait des ancêtres, aux garçons à l'exclusion des filles (1), celles-ci étant présumées incapables de la défendre. Les fils héritent encore seuls des armes de leur père; par contre les filles viennent seules à la succession des bijoux et des livres (2). Le Wergeld ou rachat du droit de vengeance se partageait entre le fils et le reste de la famille, à qui appartenait conjointement avec le fils le droit de venger la mort d'un de ses membres (3). Chez les Tencières, c'est le meilleur guerrier parmi les fils qui hérite seul des chevaux (4).

Avec de pareilles idées, le droit de propriété dût

(1) *Loi salique*, 59.

(2) *Sachsenspiegel*, I, 24, § 3.

(3) Tacite, *Germanie*, 21.

(4) Tacite, *Germanie*, 32.

mettre fort longtemps à se faire reconnaître comme exclusif et absolu ; son dérivé, le droit de disposer n'y réussit jamais complètement. Cette idée d'un droit de toute la famille sur les biens d'un seul, fit naître une série de règles, dont le but était de maintenir ces biens dans la famille. Les successions furent exclusivement légitimes ; (1) on mit obstacle aux aliénations, en soumettant les donations et les ventes à l'approbation des héritiers présomptifs de l'aliénateur, en fondant le retrait lignager, la réserve coutumière, etc. Pendant toute la durée du droit ancien, ces idées se sont maintenues en pays coutumier ; et encore maintenant elles jouissent chez certains auteurs d'un très grand crédit. Comment donc malgré ces idées de conservation des biens dans les familles, le testament s'est-il introduit en droit coutumier, et s'y est-il maintenu ? Les lois barbares antérieures à l'invasion n'en montrent pas de trace. Il a été transporté du droit romain dans le droit coutumier par l'influence de l'église, pour permettre de distraire des legs de l'hérédité ; l'église fut d'ailleurs la première à en profiter, car on ne fit usage du testament dans les premiers temps que pour laisser des legs pieux ou aumônes. — Puis l'usage s'en généralisa ; on laissa des legs à des particuliers, mais les règles coutumières sur la protection de la famille, empêchèrent le testament de prendre en droit coutu-

(1) Tacite, *Germanie*, 20.

mier l'importance qu'il avait en pays de droit écrit. Cependant comme le testament du droit coutumier se trouve beaucoup plus conforme que le testament romain à celui du code civil, nous ne devons pas laisser absolument de côté le droit coutumier. Il nous faut voir à qui, pendant cette période, fut accordé le droit de faire un testament. Le souvenir de la copropriété de la famille fit de la succession légitime, le principe des successions ; on n'admit le testament que par exception et pour le moins grand nombre possible de personnes.

CHAPITRE II

§ I. — Les Serfs.

Incapacité des serfs. — Si du droit romain nous passons au droit français, nous trouvons comme incapacité absolue de tester les fous, les mineurs et les condamnés à une peine perpétuelle. Que sont devenues les incapacités des esclaves, des fils de famille, des pérégrins, etc. ?

A partir du onzième siècle, le droit coutumier ne nous offre plus d'esclaves ; à leur place, nous ne trouvons que des serfs. La condition des esclaves s'était améliorée sous l'influence de l'église. Elle avait fait admettre et respecter leur mariage, en empêchant que les esclaves mariés ne fussent vendus séparément ; des capitulaires défendaient de vendre l'esclave trop loin et hors de la présence de l'évêque. Mais ce n'était encore que la servitude mitigée.

Le serf se distingue de l'esclave en ce qu'il constitue une personne juridique ; il n'acquiert plus exclusivement pour son maître et peut avoir un patrimoine.

Beaumanoir distingue deux classes de serfs : les premiers sont tellement dans la dépendance du seigneur, que celui-ci peut prendre tout ce qu'ils possèdent, soit à mort, soit à vie, et les tenir en prison, soit à tort, soit à droit, mais il ne dispose pas de leur vie. La deuxième classe a droit à sa tenure tant qu'elle paie les redevances, et peut posséder tout ce qu'elle gagne au-delà. Pour ces êtres placés au dernier degré de l'échelle sociale, pas de droit successoral : le serf est soumis au droit de mainmorte ; il n'a pas le droit de disposer de sa tenure, à sa mort elle revient au seigneur. S'il a d'autre fortune, il peut en disposer entre vifs, mais non par testament ; il ne la laisse pas non plus *ab intestat* à sa famille, le serf n'a d'hoir que son seigneur, tel fut le droit originaire (1).

Selon Furgole (2), la servitude affecterait dans certaines coutumes, notamment en Nivernais, la personne elle-même ; il y aurait incapacité absolue et personnelle pour le serf, de laisser une succession testamentaire, quelle que soit la situation des biens. A celui-ci s'applique la comparaison avec les Latins Juniens *vivunt ut liberi, moriuntur ut servi*, rappelée par Dunod.

Dans d'autres coutumes, au contraire, notamment le duché de Bourgogne, la servitude porte sur les biens,

(1) Beaumanoir, *Cout. de Beauvoisis*, ch. 45, § 31.

(2) *Testam.*, I vol., ch. IV, sect. 2.

la personne restant libre : ils meurent et vivent libres, et la prohibition de disposer par testament n'est fondée que sur l'intérêt du seigneur. Ce qui le prouve, c'est l'article 4 du titre 15 de la mainmorte dans la coutume du *comté* de Bourgogne, qui décide que le mainmortable peut devenir franc en abandonnant au seigneur les biens qui font de lui un serf. L'incapacité de tester n'est pas alors complète, le consentement du seigneur peut valider le testament (1), quant à ses autres biens, le mainmortable n'est pas serf par rapport à eux, il peut en disposer comme un homme libre.

Le testament étant peu usité en droit coutumier, les améliorations pour la transmission des biens des serfs se portèrent vers les successions légitimes plutôt que vers le droit de tester. Ces améliorations étaient indispensables ; le serf, propriétaire, chef de famille, ne pouvait pas être traité avec le dédain de l'esclave qui n'était même pas une personne. Il fallait lui permettre d'assurer l'existence de sa famille et de lui laisser ses biens. Le droit de disposer entre vifs existait déjà ; les communautés serviles permirent de tourner la règle « le serf n'a d'hoir que son seigneur. » Le serf, tout en gardant la propriété de ses biens, unissait en vue d'un profit commun ses revenus et le produit de son industrie à ceux de ses enfants ou des

(1) Furgole, *Testament*, I vol., ch. IV, sect. 2, § 13. *Coutume du duché de Bourgogne*, t. 9, art. 11.

autres parents habitant avec lui. Les parents qui faisaient partie de la communion, acquéraient le privilège de primer le seigneur dans la succession du communier défunt (1), et le seigneur touchait comme rachat de la succession un droit appelé, droit de mainmorte.

Dans le cercle étroit de la communauté, le serf, quelle que fut sa condition, pouvait toujours tester (2) ; c'était une sorte de testament *inter liberos*, un partage d'ascendant que faisait le père entre ses enfants, et par lequel il pouvait avantager l'un d'eux. Le testateur avait le droit de disposer de ses biens entre ses communiens comme bon lui semblait et sans suivre le degré, mais il devait laisser leur légitime à ceux qui y avaient droit. Les legs laissés à des personnes en dehors de la communion n'étaient pas valables, le droit des communiens s'opposait à leur validité. — S'il n'existait pas de communauté, le seigneur était seul héritier (3), et la faculté de tester disparaissait. La nullité du testament était prononcée dans l'intérêt des communiens ou du seigneur, aussi ne se produisait-elle pas, quand il n'y avait pas réclamation des intéressés (4). L'homme de mainmorte peut faire quelques petits legs pour œuvre *pie*, et pour les dépenses

(1) Dunod, ch. III, sect. 1.

(2) Dunod, *Mainmorte*, ch. IV, sect. 1.

(3) Dunod, ch. IV, sect. 3.

(4) Furgole, ch. IV, sect. 2, § 13.

d'inhumation ; il peut léguer jusqu'à cinq sous (1), car s'il ne le faisait pas, le seigneur ou les communiens seraient tenus de ces dettes. — Le droit de faire tomber le testament du serf-communier appartient aux autres communiens avant le seigneur, car c'est à leur profit plutôt qu'au sien, qu'a lieu cette incapacité de tester. Le seigneur, en effet, n'hérite qu'à défaut de communiens. — L'enfant qui a quitté la communion ne peut plus hériter même de sa légitime, mais il peut recevoir entre vifs, sauf exception pour certains biens qui ne peuvent sortir de la communion qu'avec l'autorisation du seigneur.

La nullité absolue existait encore cependant comme en droit romain, pour les dispositions faites par les esclaves dans les colonies. L'édit de 1685, article 28, sur la police des îles de l'Amérique, défend aux esclaves de disposer.

L'incapacité de tester provenant de la qualité de serf n'a disparu complètement qu'avec le servage en 1789.

INCAPACITÉ DU FILS DE FAMILLE.

§ II. — **L'incapacité du fils de famille n'existe pas en pays de coutumes.**

L'incapacité du fils de famille s'est maintenue en

(1) Beaumanoir, ch. XII, § 3.

pays de droit écrit, ce qu'elle était en droit romain ; le fils de famille ne peut tester que de ces pécules qu'il a en propre *castrense* et quasi *castrense*.

Furgole rapporte que certains auteurs admettaient le testament du fils de famille fait avec l'autorisation du père pour la cause *pie*. Furgole attaque cette décision, qui permet au père de relever le fils d'une incapacité de droit public *testamenti factio non privati sed publici juris est*; mais il reconnaît que l'usage et la jurisprudence validaient ces testaments (1). Une clause spéciale pouvait faire du testament du fils une donation à cause de mort valable.

Dans les pays coutumiers, l'incapacité résultant de la soumission à la puissance paternelle, n'existe pas, en raison du caractère tout différent de cette puissance, « sans distinction de pécules, les enfants, « du vivant de leur père et mère, ou après leur « décès, ou de l'un d'eux, peuvent tester sans l'autorité du père des biens qui leur appartiennent, « lorsqu'ils sont parvenus à l'âge requis par les « coutumes » (2).

Furgole mentionne l'incapacité des personnes qui ignorent leur état; Domat ne l'accepte pas, car elle donnerait lieu à trop de procès et qu'elle n'est pas utile.

(1) Ch. IV, sect. 2, § 14.

(2) Furgole, *Testam.*, ch. IV, sect. 2, § 47.

CHAPITRE III

INCAPACITÉ DES AUBAINS.

§ I. — Distinction des aubains et des pérégrins

L'incapacité des aubains est, en droit coutumier, celle qui correspond à l'incapacité des pérégrins à Rome. Cependant ces deux incapacités ne proviennent pas l'une de l'autre. Celle des aubains est une des conséquences du droit d'aubaine, ensemble de nombreuses mesures d'exception appliquées aux étrangers ; elle vient, comme le droit d'aubaine, du droit barbare, et s'applique à des gens d'une condition différente de celle qu'avaient les pérégrins. Ces derniers étaient exclus du bénéfice des lois civiles des Romains, du *jus quiritium*, mais du moins ils jouissaient du droit de leur cité ; leurs lois particulières continuaient de les régir puisque Rome laissait d'ordinaire leur législation aux peuples qu'elle avait conquis. Il n'y avait donc de véritables incapables parmi les pérégrins, que ceux qui ne faisaient partie d'aucune cité.

A l'époque féodale, il n'en est plus de même; il n'y a plus comme à Rome un état supérieur à tous les autres, mais plusieurs Etats rivaux, indépendants les uns des autres, jaloux de leur souveraineté et ne supportant pas qu'une autre loi que la loi nationale puisse avoir autorité sur leurs territoires respectifs. Qu'un individu quitte le sol de sa patrie, et aussitôt sa loi nationale cesse de lui être applicable et de le protéger à l'étranger. Il tombe sous le coup de la loi du pays où il est, loi très dure pour les étrangers, qui lui refuse presque tous les droits des nationaux et ne lui permet pas d'invoquer ceux que lui reconnaît la loi de sa patrie. Et l'on traite ainsi, non pas seulement celui qui passe d'un royaume dans un autre, mais encore tout membre d'une seigneurie jeté dans une autre seigneurie sans traité avec la première.

Le pérégrin, au défaut du droit civil romain, avait une loi qu'il pouvait invoquer, celle de sa cité d'origine; l'étranger au moyen âge n'en avait aucune. Sa situation très dure était régie par les règles du droit d'aubaine, lequel établissait les droits dont pouvait jouir, et les incapacités dont était atteint l'aubain. Ces règles ont varié avec les époques, les principales étaient : 1° Droit du seigneur sur le patrimoine, droit qui se réduisit avec le temps à un impôt dit de chevage; 2° Droit du seigneur à la succession de l'aubain, d'où résultait pour ce dernier l'impossibilité de laisser une succession tant légitime que testamentaire; 3° Incapa-

cité de recevoir une succession testamentaire ou *ab intestat*.

Le droit barbare ne reconnaissait de droits à l'étranger, que s'il obtenait la protection d'un national, il ne faisait partie de la société qu'à titre de client, un peu comme les plébéiens dans les premiers temps de Rome. Celui qui ne trouvait pas de protecteur particulier avait le chef de la tribu comme patron. Le droit des coutumes qui vient du droit barbare met aussi l'étranger sous la protection du seigneur, celui-ci se fait payer très cher sa protection; d'abord l'étranger ne prend dans la nouvelle société dont il fait partie, que la place la plus basse, il devient serf: (Beaumanoir). Le seigneur peut prendre tout ce qu'il possède, le tenir en prison, l'étranger n'a d'autres biens que ceux que le seigneur veut bien lui laisser. C'est au seigneur haut justicier querevient ce droit lucratif de protection, mais peu à peu le roi le revendiqua et fut bientôt seul à en profiter (1).

L'humanité amena les coutumes à laisser la franchise aux étrangers, mais le seigneur ou le roi percevait sur eux le chevage longtemps fixé arbitrairement et à leur mort recueillait leur succession. Ce droit à la succession de l'aubain a pour première source le droit germanique; le wergeld attribué à qui appartenait le droit de vengeance, revenait en cas de mort de l'aubain au roi son protecteur légal.

(1) Bacquet, *Droit d'aubaine*.

Une deuxième source est le droit féodal; à cette époque de hiérarchie des terres, on tend partout à n'admettre comme fondement de la propriété que la concession. Les censives ont été concédées par un seigneur qui lui-même a reçu son fief d'un seigneur supérieur, et ainsi de suite jusqu'au roi qui, lui-même, tient sa couronne de Dieu. L'aubain, comme les premiers serfs, était censé avoir fait cession de ses biens au seigneur ou au roi en échange de leur protection, et les avoir ensuite reçus d'eux par une nouvelle cession toute personnelle, de sorte qu'à sa mort son droit s'évanouissait pour faire place à celui du seigneur qui, ayant gardé le domaine direct, reprenait la toute propriété.

Pour que ce droit du roi ou du seigneur fût sauvegardé, on refusa de reconnaître à l'aubain le pouvoir de laisser une succession légitime; l'usage du testament lui fut également interdit. Mais la position des enfants complètement déshérités était trop déplorable pour ne pas faire fléchir la coutume; aussi voyons-nous d'assez bonne heure que, si l'aubain laisse des enfants regnicoles, ceux-ci primeront le seigneur. Loysel parle même de tout parent français, mais il est seul de son avis. Dans ce cas, le seigneur ne succédant plus, mais touchant seulement un droit de rachat appelé détraction, l'incapacité de tester n'aura plus raison d'être et le testament pourra produire effet; car il n'est interdit que dans l'intérêt du seigneur. A défaut de

testament; la succession légitime s'ouvrira, mais les enfants régnicoles auront alors à subir le concours de leurs frères étrangers qui sont domiciliés dans le royaume (1).

A côté de l'incapacité pour l'étranger de laisser une succession se trouve celle d'en recevoir une. L'étranger qui vient s'établir dans un pays, ne devient pas national par suite de son établissement; si on lui reconnaît le droit de pourvoir à sa vie et cela au prix de grands sacrifices, on continue à le tenir hors de la société. On n'admet pas qu'un aubain soit le successeur à cause de mort d'un regnicole, et de même qu'il ne peut pas laisser de succession légitime ni testamentaire, il n'en peut pas non plus recueillir. Les dévolutions *mortis causa* sont en effet des faveurs de la loi et celle-ci peut les refuser à qui elle veut: aussi l'aubain appelé par testament ou par son degré de parenté à une succession, est écarté, et la succession profite au parent regnicole du degré suivant.

Lorsque le droit romain fut connu en pays coutumier, les jurisconsultes furent frappés de cette similitude entre l'incapacité des aubains, et la situation des pérégrins qui n'avaient pas la *factio testamenti*. Tous deux étaient incapables de laisser ou de recueillir une succession, soit légitime, soit testamentaire. Ils en conclurent que le droit d'aubaine avait son origine à

(1) Pothier, *Des Personnes*, t. II, sect. 2.

Rome, et ils prétendirent appliquer aux aubains les lois romaines sur les pérégrins. Mais on ne s'entendit pas sur les actes qu'il fallait interdire ou permettre aux étrangers. Selon les uns, il fallait traiter les étrangers comme des latins juniens et dire : *Vivunt ut liberi, moriuntur ut servi*. Cette formule employée déjà par Dunod comme règle de la condition des serfs, était insuffisante pour expliquer toutes les incapacités qui frappaient l'aubain pendant sa vie, notamment le droit de recueillir une succession, le droit de cheveau et de formariage, l'obligation de fournir la *cautio judicatum solvi*, etc.

La formule la plus employée par les jurisconsultes notamment par Bacquet et par Pothier, était que l'étranger est capable des actes entre vifs et non de ceux à cause de mort.

Un troisième système, celui de la jurisprudence, s'en tenait de préférence à la simple formule romaine plus vague et plus élastique : « L'étranger est capable de ce qui est du droit des gens, incapable de ce qui est du droit civil. » Ce système est moins large que le précédent ; il interdit, en effet, à l'étranger l'adoption et la prescription, qui sont du droit civil, mais qui ne rentrent pas dans les actes à cause de mort. Quel que soit celui des trois systèmes que l'on adopte, le point particulier qui nous occupe, la succession testamentaire, est refusé à l'étranger : c'est un acte à cause de mort, c'est un acte du droit civil.

Que dire de l'institution contractuelle, par contrat de mariage ou du don mutuel ? Selon Bacquet, ils doivent être permis à l'étranger, car ce sont là des actes irrévocables et qui doivent être faits en santé. Selon Pothier (1), la question est au moins discutable, car ces actes n'ont leur exécution qu'après la mort. Dans le système de la jurisprudence, ces actes sont toujours refusés à l'étranger, car ils sont de droit civil, et on ne s'inquiète pas de savoir s'ils sont entre vifs ou à cause de mort.

Les jurisconsultes étaient dans l'erreur, lorsqu'ils faisaient dériver le droit d'aubaine, des textes du droit romain sur les pérégrins. La législation de Rome et celle de l'époque coutumière se sont, en effet, rencontrées pour permettre à l'étranger la donation et pour lui refuser le testament, mais elles ont agi en vertu de causes différentes. A Rome, l'usage du testament est, comme le droit civil tout entier, réservé aux seuls citoyens ; en pays de coutume, la succession de l'aubain doit revenir au seigneur, et celui-ci ne peut pas s'en voir écarté par un testament de l'aubain ; à Rome, on regarde l'acte, dans le droit d'aubaine les conséquences de l'acte. Et la preuve, c'est que, lorsque la succession ne doit pas revenir au roi ou au seigneur, par exemple, quand il existe des enfants regnicoles de l'aubain, celui-ci retrouvera la capacité de

(1) *Des Personnes*, tit. II, sect. 2.

tester. La nullité du testament profiterait, en effet, non pas au roi, mais aux enfants.

D'ailleurs, ce qui faisait la singularité du droit d'aubaine, l'appropriation par le roi de la succession de l'étranger n'existait pas à Rome. Enfin, la succession légitime est du droit civil, comme le testament ; elle était interdite, à Rome, aux pérégrins, et cependant, en droit coutumier, les descendants regnicoles de l'aubain peuvent hériter de lui *ab intestat*. L'aubain peut encore tester dans la limite de cinq sous, pour être inhumé (Loysel). Toutes ces exceptions montrent que c'est le fait de la disposition qu'on cherche à empêcher, et que ce n'est pas un principe théorique qu'on applique.

L'incapacité de l'aubain affecte moins sa personne que ses biens : c'est une incapacité d'un caractère réel. Ses effets sont limités aux biens qui se trouvent en France. Elle ne s'applique pas à ceux que l'aubain laisse dans sa patrie ; pour ces derniers le testament qu'il fait conserve toute sa valeur. Aussi selon Pothier « Il faut plutôt dire que l'étranger ne peut pas tester des biens qu'il a en France, que d'assurer indéfiniment qu'il ne peut pas tester » (1).

Le droit d'aubaine n'était pas appliqué en France à tous les étrangers ; il n'existait pas à Toulouse, ni en Languedoc, en vertu d'un privilège résultant de lettres

(1) Des Personnes, titre II, sect. II.

patentes délivrées en 1475 pour les étrangers vivant chrétiennement, ce qui excluait les juifs. — N'y étaient pas soumis non plus, les étrangers qui fréquentaient les foires de Lyon et de quelques autres villes. — Ceux qui, quoique dépendant d'une autre monarchie étaient réputés regnicoles en France, ceux de Milan, de Bourgogne, de Flandre, d'Artois « à cause des justes prétentions du roi de France sur ces terres » (1). — Les descendants des Français dans la Nouvelle France, en vertu de lettres patentes de Louis XIII de 1627. — Les Gênois, par lettres patentes d'Henri IV de juin 1606. — On trouve aussi des traités entre nations pour abolir le droit d'aubaine ; traité de 1665 entre la France et l'Angleterre pour affranchir du droit d'aubaine les marchands de chacun des deux pays décédant sur le territoire de l'autre (2). Le pacte de famille de 1761 entre la France et l'Espagne en vertu duquel, les Espagnols jouissaient en France, et les Français en Espagne des mêmes droits civils que les citoyens.

Enfin, longtemps avant la Révolution, le droit du roi sur la succession de l'aubain, s'était transformé dans les cas principaux en un droit de détraction de un dixième.

Ainsi donc, quand éclate la Révolution, voici quelle

(1) Bacquet, ch. IX et X ; et Furgole, ch. IV, sect. 2, § 59. — A l'époque de Pothier, on les considère comme étrangers, *Des Personnes*, tit. II, sect. 1.

(2) Furgole, ch. IV, sect. 2, §§ 50 à 64.

est la position des étrangers en ce qui concerne les successions :

1° Ils ne peuvent pas laisser une succession légitime, sauf à leurs descendants français, et déduction faite du droit de détraction ;

2° Ils sont incapables de laisser une succession testamentaire (sauf exceptions) ;

3° Ils sont incapables de recueillir tant les successions légitimes que les successions testamentaires ;

4° Ils peuvent disposer et recevoir par actes entre vifs.

§ II. — Période révolutionnaire.

Une telle législation empêchait toute relation durable de peuple à peuple, elle forçait chacun à vivre dans son pays sous peine d'une confiscation générale. Aussi lors de la Révolution, la Constituante, sous l'influence des idées généreuses sur la confraternité des peuples, résolut de faire les premiers pas pour amener l'abolition des incapacités dont les étrangers se trouvaient frappés dans tous les pays de l'Europe. La loi du 6 août 1790 abolit les droits d'aubaine et de détraction. Une opinion se forma qui prétendit que cette loi n'avait donné aux étrangers que le droit de laisser une succession, l'incapacité d'en recueillir une étant maintenue. Seconde loi du 8 avril 1791 pour lever ces doutes, qui décide que les étrangers sont capables de disposer et de rece-

voir tant entre vifs qu'à cause de mort, comme les Français. On ne répondit pas dans les autres pays à cette invitation de la France de supprimer partout le droit d'aubaine ; et tandis que les étrangers en France recueillaient et pouvaient laisser des successions tant testamentaires qu'*ab intestat*, les Français à l'étranger continuaient à se voir exclus des successions où les appelaient un testament ou leur degré de parenté. Aussi, lors de la discussion du projet de code civil, le premier Consul s'opposa-t-il à ce qu'on maintint cette faveur accordée aux étrangers. On abandonna le principe de la Constituante et on établit dans le Code civil des règles de réciprocité.

§ 3. — Système du Code civil

L'article 2 c. c., décide que les étrangers jouissent en France des droits civils, dans la mesure où, dans leur pays, on accorde aux Français la jouissance de ces droits. Les articles 726 et 912 disent que l'étranger n'est capable de recueillir que dans la mesure où les Français seraient eux-mêmes capables dans le pays de l'étranger. Voici donc les étrangers redevenus incapables avec exception pour les nationaux des pays qui avaient des traités avec la France, ou dont la législation intérieure ne frappait pas d'incapacité les étrangers.

Ces incapacités du Code civil avaient un caractère très différent de celles de l'ancien droit ; on ne s'attache plus à la distinction subtile de ce qui est de droit des Gens ou de droit civil, on veut éviter que les Français ne soient les dupes de leurs idées généreuses, et que les étrangers ne soient favorisés à leurs dépens. Aussi, ne sont atteints par ces dispositions, que les actes qui profitent aux étrangers, jouissance des droits civils, capacité de recevoir. La capacité de disposer ne subit d'atteintes que lorsqu'elle s'exerce en faveur des étrangers article 912.

En somme, voici quelle est à cette époque la situation des étrangers en France par rapport à ce qu'elle était avant 1789.

I. — Avant la révolution, l'aubain ne pouvait laisser une succession légitime même à un regnicole que sous réserve du droit de détraction. Cette mesure profitait au fisc sans nuire directement à l'aubain, le code ne la rétablit pas.

II. — De même pour la succession testamentaire, si le testament n'était pas en faveur d'un étranger, le fisc ne lésait qu'un intérêt français, le code permet donc à l'étranger de faire un testament en faveur d'un français.

III. — L'aubain ne pouvait recueillir ni succession légitime, ni testamentaire ; il y aurait eu profit

direct pour l'étranger à voir lever l'incapacité, aussi le code la maintient-il.

Là s'arrêtait l'ancien droit en matière de disposition, le code civil va plus loin et prive les étrangers du bénéfice des donations. C'est qu'il ne s'agit plus de savoir ce qui est du droit civil et du droit des gens, mais ce qui profite ou non aux étrangers.

C'était un nouveau droit des aubains. Pour le droit d'aubaine proprement dit, c'est-à-dire le droit de l'état à la succession de l'étranger on ne le retrouve plus. Le fisc laisse passer devant lui tous les intérêts français et ce n'est qu'en l'absence des successeurs français et par droit de deshérence, qu'il s'attribue les successions, tant des étrangers que des français où ne sont appelés que des étrangers.

§ IV. — Loi du 14 juillet 1819.

Les mauvais résultats de ces lois ne tardèrent pas à se faire sentir à la France même; toutes les richesses appartenant à des étrangers sortirent du pays, pour se soustraire à la confiscation. C'est pourquoi sous l'influence d'idées économiques et pour ouvrir la France aux capitaux étrangers, la loi du 14 juillet 1819 revint aux principes de la loi de 1790 et abolit ces derniers vestiges du droit

d'aubaine. Les étrangers redevinrent capables de recevoir comme ils l'étaient déjà de disposer.

On peut donc considérer la loi de 1819 comme ayant mis véritablement fin au droit d'aubaine. Pour le testament qui nous occupe plus spécialement, l'incapacité des étrangers cessa dès la loi du 6 août 1790 et ne fut jamais rétablie.

La distinction entre les actes du droit des Gens et du droit civil en ce qui concerne le testament, n'a donc plus aujourd'hui l'intérêt pratique qu'elle avait à Rome et dans l'ancien droit; elle n'a plus qu'un intérêt philosophique ou de législation.

DROIT FRANÇAIS

INTRODUCTION

§ I. — Il n'y a pas lieu de préférer la succession légitime au testament.

Il est des auteurs qui admettent comme naturel le droit de tester, qui le font dériver en droite ligne du droit de propriété, droit que d'ailleurs ils ne contestent pas, et qui cependant se montrent hostiles au testament, à cause des conséquences contraires à leurs vues que celui-ci peut engendrer. Ces auteurs ne pouvant pas demander la suppression du droit de tester, sous peine de mettre leur pratique en contradiction avec leur théorie, ont du moins requis une réglementation étroite de ce droit, et une application sévère des règles par les tribunaux. Ils veulent, pour empêcher le testament de prendre trop d'importance, qu'il règne la plus grande sévérité dans l'appréciation de la capacité nécessaire pour faire un testament.

Pour M. Laurent (1) l'idéal dans la société, c'est que chacun soit propriétaire, « la propriété étant l'expression et la garantie de l'individualité humaine ». Il conseille donc de favoriser la diffusion des fortunes, et il ne voit pas de meilleur moyen d'y arriver que de se conformer à la succession établie par nos codes. Dans la succession légitime, les héritiers du même degré viennent tous également à la succession du *de cujus*; le testament au contraire trouble cet ordre, il favorise quelques héritiers au détriment des autres et tend finalement au rétablissement de la grande propriété. C'est là un mal que M. Laurent veut éviter à tout prix et comme il ne peut demander la suppression d'un droit qu'il reconnaît, il cherche du moins à en restreindre l'application.

Dans ce but il exalte les successions légales dont l'origine est divine, au détriment du testament, œuvre du caprice des hommes. Le testament ne doit déroger à la règle de la succession légitime que lorsqu'il y a des motifs pour que celle-ci ne reçoive pas son application (2).

La constitution de la famille en France est, nous dit-il, celle qui existait chez les Germains, c'est donc la loi des Germains sur les successions et non pas celle de Rome que nous devons adopter. Or, les Ger-

(1) *Principes de Droit civil français*, t. 11, n° 90.

(2) Laurent, t. XI, n° 93.

maines ne connaissaient pas le testament; les biens allaient à la famille en suivant le degré, sans que le *de cujus* put rien y modifier; d'où cet axiome de notre ancien droit : *Deus solus heredem facit*. Les biens vont à celui que Dieu a mis le plus près de vous et nul ne peut se flatter qu'il ferait un meilleur choix que Dieu. — Le testament, au contraire, a pénétré dans notre législation, d'une façon qui aurait toujours dû faire tenir en défiance contre lui. Inconnu en droit germanique, il fut transporté du droit romain dans le droit coutumier par l'Eglise, qui s'en servit, nous dit M. Laurent (1), pour s'enrichir aux dépens de ceux qui subissaient son influence.

Après les arguments économiques et historiques, ceux tirés de la raison; — Les législateurs chargés de régler les successions légales, dit-il encore, sont ordinairement pris parmi les membres les plus éminents de la société. Posant des règles qui doivent s'appliquer dans tous les cas, et non pas dans une espèce déterminée, ils se trouvent à l'abri de toute influence d'intérêt et de sentiment, ils sont de sang froid et la raison seule les gouverne! Comment ne pas préférer leur œuvre, à celle d'un testateur que l'on doit supposer d'intelligence médiocre, qui rédige le plus souvent ses dernières volontés, quand il se sent près d'être atteint par la mort et qu'il est en butte aux

(1) T, XI, n° 94.

suggestions de tous ceux qui espèrent son héritage ? — Pour toutes ces raisons M. Laurent demande que le testament reste l'exception. Un ordre de succession fondé sur la co-propriété de la famille lui paraissant préférable à l'arbitraire, à l'ignorance, à l'aveuglement des testateurs (1).

Quelles applications cet auteur fait-il de ses idées, dans son avant-projet de Code civil ? Il n'ose pas aller jusqu'à porter atteinte à la faculté de tester, mais il supprime la capacité restreinte du mineur admise par notre article 904 ; il enlève au prodigue pourvu d'un conseil judiciaire le droit de disposer par testament autrement que par des legs particuliers et modérés ; et enfin dans ses principes de droit civil, il invite la jurisprudence à se rapprocher de la succession légitime, en écartant le testament, chaque fois que le caractère libre et éclairé de la volonté du disposant ne serait pas mis hors de doute.

RÉFUTATION DE L'OPINION DE M. LAURENT.

Sans discuter s'il est préférable ou non de voir se développer la petite propriété, nous dirons que, si le disposant exerce un droit naturel en faisant son testament, c'est lui seul, et non la société qui doit s'inquiéter des conséquences de son acte, et c'est lui

(1) Laurent, t. XI, n° 95.

seul qui est juge du bien ou du mal qui peut en advenir. S'il tient son droit de lui-même et non de la société, celle-ci ne peut pas se plaindre quand le testateur cherche à atteindre son intérêt personnel et la réalisation de ses propres idées, plutôt que l'intérêt général et les vues de l'ensemble de la société. Les arguments économiques de M. Laurent n'ont d'ailleurs qu'une valeur relative à notre système particulier de succession, et ne sauraient s'appliquer à l'idée même de succession légale. Bien plus, ils se retourneraient contre celle-ci dans une législation qui, semblable à celle de l'époque féodale, ou à celle de l'Angleterre de nos jours, tendrait, par le droit d'aînesse ou par d'autres mesures à nous ramener à la grande propriété.

Quant à l'origine divine de la succession *ab intestat*, nous dirons que si c'est Dieu qui fait la parenté, c'est la loi humaine qui attribue aux parents la succession. L'ordre successif peut changer avec les législations et en fait, il a souvent varié; l'introduction de la computation par degré, au lieu de la computation par parentelle, l'admission de la représentation, le partage entre les deux lignes etc., ont amené des variations fort importantes; certains parents sont appelés aujourd'hui à des successions, d'où la loi des Germains les aurait autrefois écartés. Le caractère immuable des lois divines ne se retrouve donc pas le moins du monde dans les successions légales. -- Enfin on parle

de la compétence et du sang-froid des législateurs, des circonstances favorables où se font les lois sur les successions, et on les compare à la médiocrité d'intelligence du testateur, et au caractère partial d'un testament fait sous l'influence de la suggestion. Mais on ne saurait comparer la difficulté de trouver une règle de succession qui pût s'appliquer à la généralité des familles, qui tint compte de tous les cas qui pourraient se présenter, et qui, d'un autre côté, favorisât le développement régulier de l'état social, avec la rédaction d'un testament, où toute la difficulté consiste à faire, entre certaines personnes déterminées, le choix de celles qu'on aime le mieux, ou qui vous ont donné le plus de satisfaction.

Il n'est pas vrai, d'ailleurs, comme le répète, à plusieurs reprises M. Laurent, que celui qui fait son testament se déclare plus sage que la loi. La succession légitime est un testament présumé, elle suit l'ordre probable des affections, mais le législateur ne prétend pas établir que cet ordre soit le meilleur possible. Comment, en effet, une loi écrite d'avance serait-elle, en matière d'affection et dans chaque cas particulier, un meilleur juge que l'intéressé lui-même ? La loi n'a pas à apprécier les dispositions à titre gratuit ; son rôle dans les successions est de faire respecter, en lui prêtant son appui, la volonté exprimée par le disposant. A défaut d'une expression de volonté, mais seulement à ce défaut, elle règle la dévolution des biens du défunt, en suivant

l'ordre ordinaire des affections. L'individu qui teste ne se met donc pas au-dessus du législateur; il suit l'ordre réel de ses affections particulières, et l'on ne saurait lui faire un reproche de ce que cet ordre ne coïncide pas avec l'ordre probable prévu par le Code.

Disons, pour terminer, que si le testament peut causer des injustices, l'absence de testament peut en causer d'aussi graves, en laissant dans le besoin des personnes qui ont prodigué leur dévouement au *de cuius* et qui ne se trouvent pas au nombre de ses héritiers légitimes (1).

Il résulte de tout ceci qu'il n'y a pas de raison de préférer la succession légitime au testament; la succession légitime n'est elle-même, comme le reconnaît M. Laurent, qu'un testament présumé; on peut y déroger à son gré, sans avoir besoin d'autre raison que son bon plaisir. Les obligations de chacun envers sa famille sont suffisamment garanties, d'ailleurs, par les réserves établies au Code. En dehors de la ligne directe, les parents ne sont plus assez intéressants pour que la loi substitue sa volonté au libre choix du testateur.

(1) « Géronte meurt de caducité et sans avoir fait ce testament, qu'il projetait depuis trente années : dix têtes viennent *ab intestat* partager sa succession. Il ne vivait depuis longtemps que par les soins d'Astérie, sa femme, qui, jeune encore, s'était dévouée à sa personne, ne le perdait pas de vue, secourait sa vieillesse et lui a enfin fermé les yeux. Il ne lui laisse pas assez de bien, pour pouvoir se passer pour vivre d'un autre vieillard. » (*La Bruyère*).

C'est toujours un droit de faire son testament; c'est souvent un devoir, et il ne faut pas chercher, par des moyens détournés, à apporter des limites arbitraires à l'exercice de ce droit. La capacité de tester doit être aussi largement admise que la capacité de faire n'importe quel autre acte, et là comme ailleurs, le doute doit se trancher dans le sens d'une présomption de la capacité. C'est, en effet, ce que nous dit l'article 902 : « Toutes personnes peuvent disposer ou recevoir, soit par donation entre vifs, soit par testament, excepté celles que la loi en déclare incapables. » Quand donc M. Laurent demande aux juges de se rapprocher toujours de la succession légitime (1), il viole l'art. 902.

Cet article doit toujours être notre *criterium* dans l'étude que nous ferons des différentes incapacités : lorsqu'il s'agira de décider si, dans tel cas particulier, il faut déclarer un testament valable, nous ne nous dirons pas, est-il plus utile à la société que la succession aille aux héritiers par la loi qu'à l'héritier du testament, ni même un tel résultat est-il plus moral ? Nous examinerons seulement si la personne qui a disposé, ne se trouvait pas dans une de ces circonstances où la loi enlève la capacité de tester. Ce point une fois tranché, nous devons confirmer le testament, quels que puissent être d'ailleurs les résultats d'un pareil acte.

Le testateur en effet n'a pas de compte à rendre de

(1) Laurent, t. XI, n° 136.

ses dispositions. Il les fait à son gré, sans avoir à dire pourquoi il les fait ; qui, dès lors, pourrait venir dire avec quelque certitude, ce testament est injuste, il prive d'une succession à laquelle l'appelait son degré, un parent qui fut toujours dévoué au testateur ? Personne ne peut prétendre avoir connu les mobiles secrets qui ont fait agir ce dernier. Comment se défendrait l'héritier testamentaire ? on ne peut pourtant pas lui imposer, pour conserver son legs, de prouver une inimitié, dont seul, l'héritier de la loi privé de la succession, a peut-être le secret. S'il n'y a pas eu captation de sa part, quelque inexplicable que soit le legs, on doit le valider. Le testateur ne doit pas être supposé avoir agi sans raison. Contester un testament parce qu'on ne devine pas le motif qui l'a fait rédiger, conduirait à la suppression du droit de tester. On commencerait, en effet, par exiger les causes de la disposition, pour demander plus tard le droit d'apprécier ces causes.

Ces deux ordres d'idées sur la succession légitime et sur le testament, ont fait naître deux tendances distinctes dans la matière de la capacité de tester. Selon les uns, la succession légitime est la succession que chacun doit suivre, c'est celle du droit commun, et en même temps la plus raisonnable ; elle est fondée sur les bases les plus sérieuses et les plus respectables, et on ne doit y déroger par testament qu'exceptionnellement. Les juges, quand une affaire de testament est

portée devant eux, doivent tendre toujours à se rapprocher de la succession légale (1). Pour les autres, la succession légitime est un testament présumé, elle ne doit s'ouvrir qu'à défaut de toute expression de volonté, et sans être plus particulièrement recommandable que la succession testamentaire. Ce dernier système, suivi par la jurisprudence, est aussi celui auquel je me rattacherai comme plus conforme aux termes généraux de l'article 902.

§ II. — **Différentes causes entraînant incapacité de tester.**

Le droit romain et le droit ancien faisaient tous deux dériver le droit de tester de la volonté de la loi. Ils nous ont offert, par suite, un assez grand nombre d'incapacités, résultant précisément de ce que la loi n'avait pas étendu sa faveur à certaines classes de personnes. La plupart de ces incapacités, notamment celles des esclaves, des fils de famille, des pérégrins et des femmes, à Rome; celles des serfs et des aubains dans le droit des coutumes, n'avaient point leur fondement établi sur des caractères essentiels du droit de disposer, aussi les avons-nous vues varier, puis disparaître.

(1) Laurent, t. XI, n° 136.

Notre législation actuelle fait au contraire du testament un droit naturel qui appartient à tout propriétaire. Elle ne procède donc plus comme à Rome, par voie d'extension de capacité, mais par voie d'exclusion : article 902. « Toutes personnes peuvent disposer et recevoir, soit par donation entre vifs, soit par testament, excepté celles que la loi en déclare incapables ». Le code civil admet deux causes d'incapacité de disposer à titre gratuit ; toutes deux résultent des exigences mêmes du droit de disposer. Ce sont, l'insanité d'esprit, et la minorité, (art. 901 et 903 C. c.) Le testament est un acte juridique qui exige chez son auteur la conscience de ses actes et la volonté ; or le fou est, par son état même, inconscient et incapable d'avoir une volonté ; on comprend donc que la loi lui enlève l'usage du testament. Pour le mineur, son incapacité s'explique aussi naturellement, par le défaut de maturité de son jugement

Cependant, il est une troisième incapacité, prévue, non par le code civil, mais par une loi spéciale, et qui ne se justifie pas aussi aisément que les deux premières. En vertu de la loi du 31 mai 1854, les condamnés à une peine perpétuelle sont rendus incapables de disposer et de recevoir à titre gratuit. Cette incapacité ne résulte plus de la nature du droit de disposer, mais de la nécessité de la répression, du pouvoir que la société possède de punir ses membres, en les privant de leurs droits naturels. Cette incapacité, ayant

un fondement étranger à la nature du droit sur lequel elle porte, n'a pas la fixité de celle des fous ou des mineurs, et on comprendrait qu'elle n'existât pas. Entrons maintenant dans l'examen de chacune de ces incapacités.

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE PREMIER

Incapacité de tester résultant de l'insanité d'esprit

§ I. — Caractère spécial de l'article 901 C. C.

Les rédacteurs du code civil ont mis, en tête du titre des donations et des testaments, une règle qui domine la matière et montre l'importance spéciale qu'ils attachaient aux dispositions à titre gratuit. L'article 901 nous dit : « Pour faire une donation entre vifs ou un testament il faut être sain d'esprit. » C'est la première condition, et aussi la plus importante de la capacité de tester. — Cette condition, très simple et très sensée, tire son importance précisément de ce qu'elle a été exprimée par l'article 901 dans le cas particulier des donations et des testaments. Pour les contrats ordinaires on n'a pas senti le besoin de rappeler cette

règle, elle tombe sous le sens et semble contenue tout entière dans l'article 1108, qui fait du consentement une condition essentielle des conventions. Celui qui n'est pas sain d'esprit ne donnera pas en effet un consentement valable.

Mais le consentement est également une condition essentielle des donations entre vifs et des testaments ; l'accomplissement de tout acte juridique exige la santé de l'esprit, pourquoi donc avoir spécialement exprimé cette qualité comme condition des dispositions gratuites ?

C'est que ces dispositions, dérivant uniquement de la volonté personnelle du disposant et n'ayant d'autre cause que cette volonté, les législateurs ont dû se préoccuper d'assurer et de mettre hors de doute la réalité et la sincérité du consentement exprimé. En inscrivant au code l'article 901, ils ont voulu attirer avec force sur ce point, l'attention des magistrats, de telle sorte que ces dispositions, quand elles seraient suspectées, fussent soumises à l'examen le plus scrupuleux sur la liberté et la pleine conscience du disposant. Cette préoccupation des rédacteurs du code, de soumettre à un contrôle sévère l'expression de la volonté des testateurs ou donateurs, s'explique par plusieurs bonnes raisons.

1° Les dispositions à titre gratuit offrent des dangers qui, dans les contrats ordinaires, n'existent qu'à un moindre degré. Par la donation, le disposant se

dépouille-lui-même sans compensation : par le testament il lèse sa famille, sans qu'un préjudice personnel le mette en garde contre la gravité de l'acte qu'il commet. Dans son intérêt comme dans celui de la famille, il est donc bon que la loi intervienne « afin de garantir que la disposition est bien l'œuvre d'une volonté saine et libre » (1).

De plus, la position du disposant et celle du bénéficiaire ne sont pas égales ; le premier s'oblige sans compensation, le second a tout profit sans aucune chance de perte. Il a donc un très grand intérêt à ce que l'acte se fasse. Il pressera le disposant de rédiger son testament ou de conclure la donation, et il y mettra plus d'ardeur que s'il s'agissait d'un contrat à titre onéreux où lui-même aurait une obligation à remplir de son côté.

Un intérêt aussi évident donne lieu de craindre que le bénéficiaire n'use de moyens condamnés par la morale pour entraîner l'autre partie à disposer en sa faveur. La pression exercée sur un esprit craintif, sur une personne malade ou subissant facilement l'influence d'autrui ; le fait de circonvenir un caractère faible et porté à la défiance envers les membres de sa famille, pourraient d'autant plus facilement amener ce résultat que, dans un testament, le disposant ne se dépouille pas lui-même. Un contrat à titre onéreux où

(1) Demolombe, t. 18, n° 5.

les deux parties contractent des obligations réciproques, offre moins de profit à la fraude, et par suite moins de chances de captation.

2° Il y a en second lieu à craindre les entraînements irréfléchis. Les donations et les testaments comptent dans les actes les plus graves, et il n'y en a pas où se fasse sentir davantage la prédominance du cœur sur la raison. Un sentiment inspiré par la passion, par l'amour ou la haine, renversera en un instant des dispositions arrêtées depuis longtemps, formées et conservées par une mure réflexion, et la ruine d'une famille peut résulter d'un mouvement d'enthousiasme où la raison s'est trouvée aveuglée.

Enfin, le maintien des actes à titre gratuit importe moins au bon fonctionnement de la société, que celui des actes à titre onéreux. La société ne peut vivre et se maintenir qu'à condition qu'il y ait entre ses membres un perpétuel échange; porter atteinte à la validité d'un des actes ou des conventions, sur lesquels s'appuient, pour avancer dans le progrès, tous les associés, serait faire faire un pas en arrière à la société et engendrer une série de recours d'un effet désastreux. Il ne faut se résoudre à cette extrémité que dans les cas les plus graves, et quand le maintien de l'acte serait pire que son annulation. Pour les testaments au contraire, par le fait qu'ils ne donnent lieu à aucune obligation de la part du bénéficiaire, et que par conséquent on ne peut prétendre à aucun droit acquis de

jouir de la succession, leur annulation ne peut avoir d'effets funestes. Aussi en cette matière on peut pousser très loin la recherche de l'insanité d'esprit et la punition du dol. Les auteurs défavorables au testament ajoutent qu'il n'y a pas à craindre de se montrer trop sévère pour lui, puisqu'en cas de nullité on revient à la succession légitime qui est la succession fondamentale (1).

N'ayant pas accepté cette opinion nous n'avons pas à nous servir de cet argument ; les raisons précédentes suffisent d'ailleurs amplement à expliquer ce soin particulier d'exiger la complète possession d'esprit du testateur ou du donateur au jour de la disposition.

UNE INTELLIGENCE DÉVELOPPÉE N'EST PAS NÉCESSAIRE POUR FAIRE
UN TESTAMENT

Quand la loi exige qu'on soit sain d'esprit, elle veut que l'esprit soit en état de remplir sa double fonction qui est de comprendre et de vouloir ; mais elle ne saurait exiger ni un degré d'intelligence supérieur, ni une volonté absolument indépendante des sentiments humains, et guidée seulement par la raison. Ce n'est même pas l'intelligence moyenne qui est nécessaire, la plus ordinaire sera encore suffisante, pourvu qu'on ait su ce qu'on faisait et qu'on ait voulu le faire. D'Aguesseau, invoqué par M. Laurent, disait au contraire dans son plaidoyer du 10 janvier 1696 : « Il faut pour

(1) Laurent, t. 11, n° 106, *in fine*.

tester, une sagesse moins équivoque, une raison plus éclairée, une volonté plus ferme que pour s'obliger par un contrat. » Et il donnait pour raison : 1° que l'impubère, à Rome, pouvait contracter avec l'autorisation de son tuteur, mais non tester; 2° que dans la coutume de Paris le mineur de vingt ans émancipé pouvait s'obliger par contrat, sauf son droit à la restitution en cas de lésion, mais qu'il ne pouvait pas tester; 3° qu'on peut contracter, mais non tester par procureur; 4° qu'il est nécessaire qu'il y ait des contrats, et qu'on peut se passer de testament.

Merlin (1) a fait justice de cette argumentation. D'abord si l'impubère, à Rome, contractait lui-même avec l'*auctoritas* du tuteur, c'était pour éviter la stipulation pour autrui, car la représentation n'était pas admise. En réalité, le tuteur lui-même faisait l'acte, et l'impubère n'intervenait que pour la forme; l'intelligence de l'impubère n'était donc pas en jeu.

Quant au second point, un grand nombre de coutumes se séparaient de la coutume de Paris, et accordaient la faculté de tester aux mineurs de vingt ans. En outre, dans la coutume de Paris elle-même, les obligations contractées par un mineur de vingt à vingt cinq ans étaient rescindables pour cause de lésion, sur la demande du mineur ou des héritiers, tandis que ces

(1) Merlin. — *Répertoire*; Testament, sect. I, § 1, art. 1^{er}, n° III.

derniers n'obtenaient jamais que le testament, fait dans cette période contrairement à leur intérêt, fut annulé pour défaut de maturité d'esprit.

Notre code civil nous donne aujourd'hui un argument de plus : 1° le mineur émancipé ne peut faire seul que les actes de pure administration et l'article 904 laisse le mineur ayant atteint l'âge de 16 ans disposer par testament de la moitié de ses biens. — 2° Lorsque le 28 ventôse, an XI, l'article 499 a été soumis au vote du Corps législatif, l'orateur du gouvernement disait, que ceux auxquels on a défendu d'aliéner, de s'obliger, d'ester en justice, etc. sans l'assistance d'un conseil, conserveraient pourtant le droit de faire un testament (1). — C'est donc que, contrairement à l'avis de d'Aguesseau, le code admet qu'il n'est pas nécessaire pour tester d'une volonté aussi ferme et aussi éclairée que pour s'obliger par contrat.

Sion ne permet pas de tester par procureur, c'est pour mieux mettre hors de doute la volonté du testateur. Or, autre chose est la preuve de la volonté, autre chose le degré de fermeté et de sagesse qui accompagne la volonté. D'Aguesseau invoque en dernier lieu ce fait, que les testaments sont moins nécessaires à la société que les contrats. Mais on ne saurait trouver là aucun argument en faveur de l'opinion qui exige une plus grande intelligence pour tester que pour s'obliger. La

(1) Fenet: t. X, p. 711.

seule conclusion à tirer de cette remarque c'est que la preuve du défaut de volonté doit être plus facilement admise quand on attaque un testament, que quand on attaque un contrat à titre onéreux.

§ II. — Différence entre l'incapacité de l'article 901, et celle qui résulte de l'interdiction judiciaire.

L'article 901 qui règle la capacité de disposer par donation ou par testament, ne doit pas être confondu avec les articles du code sur l'interdiction judiciaire. Il y a là deux règles et deux incapacités distinctes. Ces deux règles diffèrent par les causes qui donnent lieu à leur application respective, par le but et par les effets des incapacités qu'elles engendrent, et aussi par l'objet auquel elles s'appliquent. — Quant à l'objet, l'article 901 vise seulement les dispositions à titre gratuit; l'interdiction a une portée plus générale, mais s'attache surtout aux contrats à titre onéreux. — Au point de vue de la cause, l'incapacité de l'article 901 est une incapacité de fait, la nullité de l'acte est prononcée, car l'état mental du disposant ne lui a pas permis de comprendre ce qu'il faisait. Cette incapacité commence et cesse avec la maladie; il suffit pour pouvoir disposer à nouveau, d'avoir repris possession de soi-même. Dans cet article la capacité légale est liée à la capacité naturelle. Dans l'interdiction au contraire, quand un acte

est déclaré nul, ce n'est pas parce que l'auteur n'était pas en état de comprendre ce qu'il faisait, c'est parce qu'il a été interdit; c'est un jugement qui l'a déclaré incapable, et l'incapacité peut subsister quand les causes du jugement ont disparu. Un jugement a fait naître l'incapacité, un second jugement doit la faire disparaître. Cette différence résulte du caractère général de l'interdiction et du caractère spécial de l'article 901. L'interdiction s'applique à toutes sortes d'actes et pendant un temps indéfini; l'article 901 ne vise qu'un seul acte et qu'un seul moment. Il faudra donc prouver, pour obtenir l'interdiction, que la personne pour qui on la sollicite, est incapable de pourvoir elle-même dans le présent et dans l'avenir à l'administration de ses biens, qu'elle est sous l'influence d'une maladie mentale permanente, ou tout au moins sujette à des crises si fréquentes que la folie est son état habituel; aussi l'article 489 dit : le majeur qui est dans un état *habituel* de démence ou de fureur, devra être interdit. Un fait isolé de folie ne suffirait pas à faire obtenir l'interdiction.

Dans l'article 901, au contraire, on n'a qu'à examiner la validité d'un seul acte. Que sera-t-il nécessaire de prouver? Que le déposant est habituellement fou? Qu'il ne pourra plus dans l'avenir s'occuper de ses affaires? Non! L'acte est passé et l'avenir importe peu: ce qu'il faudra prouver, c'est qu'au moment même où

il faisait l'acte, le donateur ou le testateur n'avait pas sa raison. Un seul acte de folie, serait-il accidentel, et n'y aurait-il aucune raison pour qu'il reparut, sera suffisant pour entraîner la nullité, pourvu qu'on puisse établir sa relation avec l'acte attaqué. Par contre, la preuve de la folie, même habituelle, sera inutile, si on ne parvient pas à établir que cette folie a exercé son influence sur la disposition.

L'article 901 a pour but de protéger directement la famille du disposant contre les entraînements irréfléchis, contre la captation et contre la folie, en faisant tomber l'acte fait sous ces influences. L'article 502 n'a qu'indirectement ce résultat ; son but principal et direct, c'est de faciliter l'obtention de la nullité. On peut, en dehors de l'interdiction, faire tomber toutes sortes d'actes, en prouvant que le consentement a fait défaut au moment où ils ont été passés. Cette preuve assez difficile à faire pour un seul acte, deviendra presque impossible s'il faut la répéter pour tous. L'interdiction permet de faire cette preuve une fois pour toutes ; on établit la folie habituelle, et on enlève au fou, pour la donner à un tuteur, la capacité d'administrer. Le tuteur, l'interdit, ses héritiers, pourront alors, en invoquant le jugement d'interdiction, faire tomber sans donner de raison, ni de preuve, l'acte fait contrairement au jugement.

L'interdiction et l'article 901 ont donc chacun leur domaine particulier ; mais l'application de l'article 901

coïncidera maintes fois avec l'interdiction. Le plus souvent, en effet, l'interdit judiciairement sera, par suite, non pas du jugement, mais de sa folie, dans l'impossibilité de tester. Toutefois l'article 901 peut aussi s'appliquer sans qu'il y ait interdiction. Plus loin même, quand nous examinerons plus spécialement l'interdiction, nous montrerons qu'il peut y avoir interdiction sans que l'article 901 s'applique.

Il ne faut donc pas faire passer d'un cas dans l'autre les règles qui régissent l'interdiction et celles de l'article 901, Les articles 503 et 504 notamment ne s'appliqueront pas aux dispositions à titre gratuit. Le premier de ces articles exige, pour faire tomber les actes antérieurs au jugement, qu'on prouve l'existence à cette époque, des causes de l'interdiction. Cette preuve n'aura pas à être faite pour les dispositions à titre gratuit, puisque, en vertu de l'article 901, des causes qui ne seraient pas suffisantes pour faire prononcer l'interdiction, peuvent entraîner la nullité des dispositions à titre gratuit; et que d'autres causes qui pourraient faire prononcer l'interdiction, ne vicieraient pas ces dispositions. — L'article 504 dit, qu'on ne pourra pas, après la mort d'un individu, attaquer ses actes pour causes de folie, à moins que de son vivant l'interdiction n'ait été prononcée ou provoquée, où que la folie ne résulte de l'acte même qui est attaqué. S'il fallait appliquer cet article aux dispositions à titre gratuit, l'article 901 perdrait une grande partie de son utilité,

et l'action en nullité d'un testament deviendrait des plus difficiles.

Cet acte n'est en effet connu qu'après la mort de son auteur. Exiger la preuve de la folie dans l'acte lui-même n'est pas une garantie suffisante; un testament peut être très raisonnable, sans être l'œuvre d'une volonté consciente et libre. Quant à l'interdiction, on la refuse dans des cas où l'esprit du disposant est manifestement obscurci, mais où il manque le caractère d'habitude. Vouloir appliquer les articles 503 et 504 aux testaments et aux donations, ce serait donc réduire à rien l'article 901 qui doit au contraire dominer toute la matière. La Cour de cassation, le 7 mars 1864 (1), a repoussé l'application de ces articles, dans l'hypothèse de l'article 901.

Quand une donation ou un testament seront contestés, il faudra dans chaque espèce, voir si en fait, le disposant était ou non sain d'esprit. A chaque fois, il faudra une enquête spéciale, et même, pour obtenir la nullité de plusieurs dispositions faites à différentes époques par une seule personne, il ne suffirait pas de prouver qu'une d'elle a été faite sous une influence morbide, il faut prouver la folie au moment de chaque disposition; autrement on doit supposer que les autres datent d'une époque où la folie n'était pas encore apparue.

(1) D., 64, 1-168.

CHAPITRE II

Causes donnant lieu à l'application de l'article 901.

Pour examiner les effets de la folie sur la capacité de tester, nous distinguerons quatre hypothèses: 1° Le disposant aliéné n'a été l'objet d'aucune mesure spéciale restreignant sa capacité; — 2° Il est interdit; — 3° Il a un conseil judiciaire; — 4° Il est interné en vertu de la loi de 1838.

I. — Le disposant n'a été l'objet d'aucune mesure spéciale.

Plusieurs causes viennent troubler la santé de l'esprit, et enlever au disposant ce que les auteurs romains appelaient *integritas mentis* (1). Ce sont : 1° Toutes les maladies mentales que l'on désigne sous le nom générique de folie, mais qui peuvent différer entre elles par leur nature, leur durée ou leur intensité;

2° Certains accidents dépendant de l'état du corps;

(1) *Labeo*, 2-28, 1.

3° Un obscurcissement de la raison résultant de sentiments poussés à l'excès ;

4° Les vices du consentement, l'erreur, le dol ou la violence.

Ces trois dernières causes d'atteinte à l'*integritas mentis* se distinguent de la folie proprement dite par leur caractère accidentel. Elles ont une influence momentanée sur l'esprit, mais celui-ci recouvre toute sa lucidité, quand la cause de l'accident a disparu. La folie proprement dite a un caractère plutôt permanent.

§ I. — Folie proprement dite.

Dans les causes qui font qu'on n'est pas sain d'esprit, nous trouvons d'abord la folie, nom générique employé pour désigner les différentes maladies mentales que distingue la médecine sous les noms d'idiotisme, de démence, de manie, etc. Quel que soit son nom technique, toute affection mentale qui se fait sentir dans l'intelligence de l'acte, ou dans la volonté de le faire, donne ouverture à l'action en nullité fondée sur l'article 901. Il ne suffit pas que la folie ait atteint le disposant, il faut encore qu'elle ait existé au temps de la disposition, et de plus, qu'elle ait eu de l'influence sur elle. Ceci nous amène à distinguer et à classer les différentes sortes de folie, non pas d'après leurs carac-

tères essentiels, comme pourrait le faire un médecin, mais d'après leurs rapports avec la capacité, en tenant compte de la durée et de l'intensité de la maladie.

FOLIE CONTINUE

Au point de vue de la durée, la folie peut-être continue ou intermittente.

La folie continue, est celle qui ne peut laisser place à aucun intervalle lucide, c'est l'idiotisme ; l'article 489 l'appelle imbécillité. Elle consiste en un défaut de développement de l'intelligence.

Nous avons dit qu'il n'y avait pas lieu de s'occuper du plus ou moins d'intelligence chez le disposant, que la plus ordinaire suffisait pour tester, mais nous ajoutons, pourvu que le disposant en ait assez pour avoir conscience de ce qu'il fait et pourquoi il le fait. Or, l'imbécile est celui qui n'a pas même assez d'intelligence pour se rendre compte de ses actes. L'imbécile ou idiot n'a pas d'idée. D'après Blackstone, l'idiot est celui qui ne peut pas dire son nom, ni compter jusqu'à vingt. Mais cela n'a rien d'absolu : il y a des degrés dans l'idiotisme comme dans la raison. Blackstone a pris comme *criterium* deux choses qu'il considère comme le plus bas degré ou puisse tomber l'intelligence, deux choses que peut faire l'homme le moins intelligent. C'est une base d'appréciation trop étroite ;

on doit faire porter l'examen sur un plus grand nombre de faits. L'intelligence, nulle sur certains points, peut n'être pas absolument éteinte, et jeter quelque lueur quand on l'applique à des objets qu'elle est capable de saisir. De plus, il serait téméraire de considérer comme ayant encore sa raison, un individu dont toute la capacité intelligente, se bornerait à savoir son nom et à compter jusqu'à vingt. L'idiotisme est affaire d'appréciation, il n'y a pas de règle, qui permette d'établir une limite, où, d'un côté serait la raison, et de l'autre l'imbécillité.

L'idiotisme étant l'absence des facultés de l'esprit, il ne saurait être question dans ce genre de folie, d'intervalle lucide, ni de retour à la raison. Comme il dure depuis la naissance, à aucun moment il n'y a eu et il ne pourra y avoir la moindre capacité de disposer. Si donc un testament est attaqué pour cause d'idiotisme de son auteur, une fois l'idiotisme prouvé, il le sera pour toutes les époques de la vie.

Mais cela ne s'applique qu'à l'idiotisme de naissance, à celui qui provient d'un arrêt dans le développement des facultés mentales. D'autres causes, en effet, peuvent amener l'anéantissement de l'intelligence, et faire d'un homme qui a été sensé, un être tout pareil à l'idiot ; ce sera l'imbécillité sénile, le ramollissement du cerveau, la paralysie, etc. Mais comme ici l'intelligence a existé, quoique nous soyons en présence de la même maladie, la capacité ne sera plus aussi facile-

ment repoussée, il y aura lieu de déterminer l'époque du début de la maladie et aussi son étendue.

§ II. — Folie intermittente et intervalles lucides.

A côté de ces sortes de folie, il y en a d'autres qui, elles aussi, peuvent être continues en fait, mais dont la permanence n'est pas le caractère. Au contraire, il est de leur nature de laisser place à des intervalles lucides, et si les personnes qui en sont atteintes ne trouvent pas à jouir de ces intervalles, on ne saurait du moins assurer qu'elles n'en jouiront jamais.

Ces sortes de maladie rentrent dans la folie intermittente. On appelle ainsi les maladies mentales qui laissent ou peuvent laisser place à des intervalles lucides, c'est la *furor* des Romains. Elles diffèrent profondément de la première qui est une manière d'être permanente, c'est-à-dire l'état normal de l'individu atteint d'idiotisme. Ici, c'est un trouble des idées et non une absence, c'est une maladie et non un état normal. L'esprit de l'idiot est comparable à un organisme qui ne fonctionne pas et ne peut pas du tout fonctionner; celui du *furiosus* à un organisme qui fonctionne, dont les rouages marchent, mais qui a été dérangé et ne remplit plus sa fonction.

Le plus souvent, cette sorte de démence a pour

cause un accident, soit une lésion corporelle, soit une émotion violente qui vient s'abattre sur un esprit sain et déranger ses facultés, mais cependant sans les détruire. Le dément a des idées, seulement il lui est impossible de les relier convenablement entre elles, et d'arriver par suite à un raisonnement sensé. Sa conduite dans la vie se ressentira de l'incohérence de ses idées, et les actes qu'il aura pu passer n'auront aucune valeur, car ils ne proviennent pas d'une volonté consciente d'elle-même.

Ne pas voir le monde tel qu'il est ou ne pas le voir du tout, c'est tout un au point de vue de la capacité civile; on doit donc appliquer aux deux cas les règles de l'interdiction et celles de l'article 901. C'est surtout pour le cas de démence que l'article 901 trouve son application. Il est difficile de se figurer un idiot faisant un testament ou une donation; si cependant un tel cas se présente, il est à penser qu'on se trouve en présence de l'œuvre d'un faussaire. Le dément au contraire a les idées très vives, il sait ce qu'il veut faire et comment il doit le faire; il est parfaitement capable de rédiger un testament dont la forme et les dispositions paraîtront raisonnables. Seulement comme son jugement est faussé, qu'il ne peut pas avoir une juste idée des choses, la loi ne veut pas lui laisser dans les mains, un pouvoir dont il pourrait faire un usage mauvais pour lui comme pour la société.

Cependant comme cette maladie s'est abattue sur un individu auparavant sain d'esprit, qu'elle a une cause accidentelle, on peut comprendre que ses effets ne soient point perpétuels comme dans l'idiotisme. Un dément peut guérir, ses idées s'équilibrer de nouveau; la capacité civile lui est alors rendue, mais seulement pour l'avenir. En effet, pour ce qui est des actes faits pendant la folie, ils sont et demeurent nuls même quand la folie a disparu. Cette guérison peut être définitive ou momentanée. Quand elle n'est pas définitive, qu'il y a à craindre des rechutes, on dit qu'on est dans une période d'intervalle lucide.

Ces intervalles lucides ne sont pas des phases plus calmes de la maladie, c'est la guérison elle-même; pendant l'intervalle lucide, la folie n'existe à aucun degré : « Ce n'est point un crépuscule qui joint le jour et la nuit, mais une lumière parfaite, un éclat vif et continu, un jour plein et entier qui sépare deux nuits. » Telles sont les paroles que prononçait au siècle dernier d'Aguesseau, et auxquelles la science moderne ne craint pas de se reporter. (Legrand du Saulle, *Des testaments attaqués pour cause de folie.*) C'est cependant une idée difficile à accepter. Il paraît, en effet, peu conforme aux habitudes ordinaires, de considérer comme parfaitement bien portant un individu qui, après avoir été l'objet d'une affection morbide, continuerait après la crise à se trouver sous le coup d'une nouvelle rechute. Mais si l'on a pas pu encore trouver

l'explication d'un pareil phénomène, on ne peut cependant pas nier qu'il existe, en face des preuves convaincantes que donne l'observation. Il est certain qu'il y a des individus qui, après avoir été fous, et tout en restant menacés d'une crise ultérieure, ont une telle lucidité d'esprit, des idées si bien équilibrées, qu'il est impossible de dire que leur état n'a fait seulement que s'améliorer; ils sont véritablement guéris.

On voit chez tous les malades du cerveau, des périodes d'accalmie où les plus agités se montrent dociles; ils font des actes raisonnables dont on ne croirait pas capable un insensé; mais ces quelques actes inspirés par la raison ne constituent pas l'intervalle lucide, tout au plus seront-ils un indice de sa prochaine venue.

Quand donc y aura-t-il vraiment intervalle lucide? C'est quand toute manifestation délirante aura absolument cessé. Il n'y a pas de caractères déterminés qui puissent faire reconnaître cette suspension absolue des actes de folie, du simple calme survenu dans la maladie. Ce sera pour chaque cas une question d'espèce; on ne peut donner que des indications très générales. D'après les individus compétents, le souvenir des faits antérieurs, l'aveu de la maladie, l'appréciation que la personne en fait, sont des indices sérieux. L'observateur doit exiger, en outre, une présence d'esprit indiscutable; il doit soumettre le jugement aux épreuves les plus sévères, et n'annoncer l'intervalle lucide que

quand l'épreuve est absolument concluante et le jugement inébranlable (Legrand du Saulle) (1). Les moments d'accalmie se distinguent, en effet, des intervalles lucides, en ce que toujours à côté de l'acte sage, apparaît une manifestation quelconque de la folie, qui prouve que celle-ci n'a pas encore disparu. On voit chaque jour des aliénés avoir assez de raison pour dissimuler leurs accès ou autres manifestations de leur maladie dans le but d'échapper à l'internement. Il faudra donc que les tribunaux, s'ils veulent décider en connaissance de cause de la validité d'un acte, distinguent cette dissimulation du véritable intervalle lucide, et pour cela qu'ils fassent appel à un homme dont la compétence spéciale sera une garantie de l'opinion qu'il émettra.

Si donc l'intervalle lucide n'est pas une phase de la folie, mais un retour à la pleine raison, et c'est l'avis des plus grands aliénistes, Esquirol, Pinel, Legrand du Saulle, il faut décider que l'incapacité qu'occasionnait la démence doit tomber avec elle. Dans un intervalle lucide le dément recouvre la capacité, et de donner entre vifs, et de tester ; il remplit parfaitement les conditions de l'article 901, il est sain d'esprit. Quand il n'y a pas eu d'interdiction judiciaire, la chose n'est pas contestée ; mais là n'est pas la difficulté.

(1) *Testaments contestés*, p. 43 et 241.

PREUVE DE L'INTERVALLE LUCIDE

Quand on ouvre un testament pour l'exécuter c'est toujours après la mort de son auteur, et de plus la rédaction de l'acte remonte très souvent à une époque lointaine. Si donc quelqu'un, lors de l'ouverture dudit testament, vient à en contester la validité sous ce prétexte que le disposant n'était pas sain d'esprit, on se trouvera dans un grand embarras pour savoir si le défunt était, lors de la rédaction du testament, en état de démence.

L'impossibilité d'un interrogatoire, la grande difficulté d'une enquête, par suite du long temps écoulé qui a fait disparaître les témoins ou affaibli les souvenirs, rendront très difficile le fait de se procurer des preuves. Comme l'incapacité ne se présume pas, le testament sera réputé valable jusqu'à ce que le demandeur en nullité soit arrivé à prouver la folie de l'auteur au jour de l'acte. Si malgré la difficulté il arrive cependant à faire cette preuve, il restera, comme dernière chance, au légataire, le droit d'établir qu'au moment précis de la rédaction, le testateur était dans un intervalle lucide et jouissait de toute sa raison (1). La validité du testament dépendra du succès de cette contre-preuve.

(1) Cass., 26 fév. 1838. — D., 38, 1, 125.

C'est alors qu'il importera de connaître la nature de la maladie reprochée au testateur; est-ce l'idiotisme? Comme cette maladie ne comporte pas d'intervalle lucide, la preuve sera relativement facile au demandeur; est-ce la démence? c'est le défendeur qui sera favorisé, puisque, à une preuve d'abord très difficile, à cause de l'intermittence de la maladie, il pourra opposer l'existence d'un intervalle lucide.

La preuve de la folie peut quelquefois résulter des termes mêmes du testament; dans ce cas, pas de difficulté, l'acte tombe sans autre preuve. Mais si l'acte est raisonnable, on ne doit pas conclure qu'il a été fait par un esprit sain; la preuve de la folie par voie d'enquête restera possible. Cependant, en cas de doute, si par exemple l'on n'est pas absolument fixé sur l'époque de l'intervalle lucide, cette rédaction sensée sera d'un puissant secours pour la validation de l'acte. En résumé, en cas de démence il y a deux états : 1° En dehors des intervalles lucides pas de capacité; 2° Pendant ces intervalles, capacité complète.

III.— Folie totale et folie partielle.

Au point de vue de l'intensité la folie est totale ou partielle. Elle est totale, quand sur aucun sujet l'individu atteint ne peut tenir de raisonnement juste; au

point de vue de l'article 901 l'incapacité sera également totale (sauf bien entendu le cas d'intervalle lucide), car dans n'importe quelle disposition il y aura toujours une part de folie. Elle est partielle quand déraisonnant sur certains points, l'individu conserve la faculté de raisonner juste sur tous les autres; c'est ce qu'on appelle la monomanie.

Une idée a pris dans le cerveau malade une importance extraordinaire, elle domine toutes les autres et s'interpose toujours entre l'esprit et la réalité. Pour mettre d'accord son idée fixe avec ce qui existe, l'imagination du maniaque inventera les explications les plus bizarres et les plus compliquées; elle complètera au besoin ce qui manque à la réalité, pour que celle-ci devienne la représentation du rêve de son cerveau. L'esprit ainsi atteint voit les choses qui ont rapport à sa manie, non pas comme elles sont, mais telles que son idée les modifie. Son jugement s'exerce bien sur elles, mais le résultat est toujours faux par suite de la présence dans la donnée de cette perpétuelle cause d'erreur. Quand les idées dont s'occupe l'esprit du maniaque n'ont pas de rapport avec l'objet de la manie, le raisonnement peut être aussi juste que celui de toute autre personne.

Le monomane tombe-t-il nécessairement sous l'application de l'article 901, et doit-on le déclarer toujours incapable de tester? — Suivant une

opinion (1) il est toujours incapable, car le monomaniac ne jouit pas de toute son intelligence; or, dans la langue vulgaire, n'avoir pas toute son intelligence, est synonyme de l'expression être fou, n'être pas sain d'esprit. Pour les auteurs qui soutiennent cette doctrine, la raison est une et indivisible, et si les manifestations de la folie sont spéciales à certains points, la folie n'en attaque pas moins l'intelligence entière. Il est donc à craindre suivant eux, que dans les cas où l'esprit paraît le plus lucide, la folie n'ait cependant sa part. Il est bien vrai, disent-ils que le raisonnement paraît juste, et qu'en dehors de l'objet de la manie on croit avoir affaire à un homme sensé; mais chez beaucoup de fous on trouve de la logique, des idées qui se suivent et des raisonnements justes, seulement ces quelques éclaircies sont des effets du hasard, aucune règle ne peut être établie, en vertu de laquelle on pourra dire: « dans ce cas le fou raisonnera toujours juste, dans tel autre il retombera sous l'empire de son mal. » Le monomaniac est le fou dont les éclaircies de raison sont plus larges, le mal est moins vigoureux, mais il existe, et l'on ne saurait garantir sa spécialisation. Sans qu'on puisse le prévoir le mal peut s'étendre et se manifester d'une autre façon que celle qu'on était habitué à voir. « La monomanie, dit Troplong, est l'indice d'une perturbation

(1) Troplong, *Don. et Test.*, t. II, n° 451 et suiv.

radicale dans les fondements mêmes de la raison. » Le cerveau atteint de monomanie se dirige comme un pilote qui a perdu sa boussole, il peut encore trouver des indices qui lui font découvrir sa route, mais ces indices peuvent lui manquer et il n'est pas à l'abri des déviations.

Nous n'admettons pas cette opinion ; une observation attentive montre en effet que les cas de manie sont et demeurent parfaitement spécialisés ; qu'il y a bien folie partielle, et non pas manifestation partielle d'une maladie générale. La solidité du jugement sur tout ce qui n'est pas la manie en est une preuve, c'est d'ailleurs l'opinion des aliénistes modernes (1). Nous dirons donc, pour la capacité du monomane, qu'on ne doit annuler que les dispositions qui se ressentent de la manie ; quant à celles qui sont l'œuvre de la partie saine de l'intelligence, il faut les valider. En rédigeant ces dernières, le testateur en effet, était sain d'esprit. Une pareille distinction entre ce qui est l'œuvre de la partie saine, et celle de la partie malade du cerveau sera très délicate. Le tribunal auquel l'affaire sera soumise, aura à se faire une idée la plus exacte possible de la nature de la maladie, de ses limites, de ses manifestations,

(1) Legrand du Saulle, *Test. contestés*, p. 45. — Hoffbauer, *Médecine légale relative aux aliénés*, trad. de Chambeyron, p. 104.

avant d'étudier le testament lui-même, et d'apprécier la part qui, dans cet acte, peut revenir à la folie. — C'est là aujourd'hui le système de la jurisprudence : un individu a la manie de se croire en butte à la haine de sa famille; il se croit, sans raison, en danger d'être empoisonné par elle, et la traite en conséquence dans son testament, c'est-à-dire il la deshérîte au profit d'étrangers; son testament est alors l'œuvre de la maladie, il faut l'annuler(1). Mais si cet individu, revenant de son erreur, fait un testament précisément en faveur des personnes contre lesquelles sa maladie l'excite, il est naturel de penser que sa manie n'a eu aucune influence dans la rédaction de la disposition : on pourra donc la valider sans crainte. C'est ce qu'à fait d'ailleurs la Cour de cassation, le 9 avril 1862 (2).

Poussant plus loin notre système, nous dirons qu'un testament, même s'il contient des traces de la manie, peut cependant ne pas tomber complètement, et rester dans l'application stricte de l'article 901. De plusieurs dispositions, les unes sont inspirées par la manie, et les autres par la partie saine de l'intelligence; si ces dernières n'ont aucune relation avec les premières, il serait exagéré de les faire tomber avec elles. C'est un

(1) Bordeaux. 14 avril 1836, Sirey, 1836, 2, 409. — Bordeaux, 27 mai 1852, D., 1854, 5, 246.

(2) D., 1862, 1, 336. — En sens conforme Demolombe, t. 18, n° 339. — Laurent, t. 11, n° 115. — Toullier, t. 2, n° 1312. — Grenier, t. 1, n° 103.

individu sain d'esprit qui les a rédigées, elles doivent être maintenues.

On peut encore raisonner ici, par analogie de ce qui se passe en cas de dol. Un testament où le consentement est vicié par suite de manœuvres frauduleuses reste valable pour toutes les dispositions qui n'ont pas été déterminées par ces manœuvres (1).

(1) Cass., 17 juillet 1871, D., 1872, 1, 37.

CHAPITRE III

AFFAIBLISSEMENT DE L'ESPRIT RÉSULTANT DE L'ÉTAT DU CORPS

§ I^{er}. — La douleur physique, la fièvre, l'ivresse.

Nous venons de voir les cas où l'esprit est obscurci par ce qu'on appelle les maladies mentales. Mais, par suite de l'influence que le physique exerce sur le moral, dans bien des cas, des maladies ou des manières d'être du corps affaibliront ou voileront complètement l'intelligence, en troublant le bon fonctionnement du cerveau. L'esprit lui-même n'est pas attaqué, ce n'est que l'instrument à son service qui se trouve accidentellement dérégulé. Aussi, une fois le cerveau revenu à son état normal, l'intelligence redevient immédiatement ce qu'elle était. C'est un trouble essentiellement passager; il serait insuffisant pour obtenir l'interdiction, car le caractère habituel lui manque. Mais comme il atteint souvent une intensité qui fait perdre la conscience et la possession de soi-

même, il rentre dans les causes de nullité des dispositions à titre gratuit.

Quelles sont les maladies qui voilent ainsi l'intelligence et enlèvent la capacité de disposer? Il est impossible d'en faire une liste quelconque, car il n'y a pas de maladie déterminée dont on puisse dire avec certitude, que celui qui en sera atteint perdra la conscience de ses actes. Tout dépend de l'intensité que prend la maladie et du degré de résistance du sujet; ce sera toujours une question de fait. La même maladie qui enlève à l'un ses facultés, n'aura aucune influence sur un autre tempérament.

Aussi n'a-t-on pu établir aucun état, comme faisant légalement présumer l'incapacité. L'article 901 n'exige pas qu'on soit sain de corps; un malade peut faire son testament, mais il perd cette faculté : 1° Quand la douleur physique que lui occasionne son mal prend un tel degré d'intensité, qu'elle absorbe complètement l'esprit et l'empêche de porter son attention, même momentanément, sur un autre objet. L'esprit peut n'être atteint en aucune façon, conserver ses facultés de jugement, mais la volonté est moins forte que la douleur; le mal commande en maître. Le patient, sous cette contrainte physique, dans l'espoir d'obtenir quelque adoucissement, se livrera à la merci du premier venu et fera en sa faveur des dispositions qu'il n'aurait jamais consenties, s'il avait eu la liberté d'écouter la voix de sa raison. Un testament fait dans

ces conditions doit tomber, car il n'est pas l'œuvre d'une volonté libre.

Mais il ne tombera que si la douleur a véritablement atteint ce degré où l'esprit lui est soumis et la volonté complètement brisée. On voit, en effet, des cas où, sous l'influence d'une douleur très vive, on se laisse aller, pour se soustraire au mal, à faire des dépenses ou à accepter des conditions qu'on trouve exagérées quand on est revenu à son état normal. Cette pression faite sur la volonté ne serait pas suffisante pour entraîner l'application de l'article 901. La volonté pouvait résister, elle a préféré céder; l'esprit s'est décidé en connaissance de cause. Il est vrai qu'il le regrette quand le mal est passé, mais c'est qu'en général, l'appréciation qu'on fait des soins qu'on a reçus, suit la marche de la souffrance; élevée quand le mal est présent, elle est très faible quand il a disparu. Il faut pour rentrer dans le cas de l'article 901 que, suivant l'expression vulgaire, la douleur rende fou. Nous trouverons cependant des cas où la douleur, sans atteindre à ce degré extrême, deviendra, par le parti que des tierces personnes en tireront, une cause de nullité. Ce ne sera pas alors la folie, ce sera la contrainte qui fera tomber l'acte. Nous retrouverons ce cas plus loin, en nous occupant des vices du consentement.

LA FIÈVRE

Après la douleur vient la fièvre; la fièvre se rencontre dans beaucoup de maladies. Elle a, entre autres effets, celui de troubler le jeu régulier du cerveau, et d'exercer ainsi une influence très évidente sur l'intelligence. A un faible degré, elle laisse à l'esprit sa lucidité, les idées se pressent peut-être un peu trop nombreuses, mais, l'individu atteint, garde encore le pouvoir de les diriger, de les apprécier et de les ordonner; donc, pas d'incapacité. Si l'excitation du cerveau augmente, l'esprit ne fait plus que produire des idées, et il lui devient complètement impossible d'établir un ordre quelconque dans un pareil flot. La volonté et la conscience disparaissent; le malade devient le jouet de toutes les idées que fait apparaître le cerveau, elles s'imposent à lui, et il les exprime sans que sa volonté y soit pour rien. On est alors arrivé au degré qu'on appelle délire fébrile. Si un testament est rédigé dans un moment pareil, sous l'influence de ces idées désordonnées, il est clair qu'on ne pourra pas dire, qu'il a été rédigé par un esprit sain. La volonté n'y a pas participé, il sera nul par conséquent. -- On voit pourtant dans une fièvre très intense, la volonté lutter quelquefois contre le trouble qui envahit l'esprit, et arriver à exprimer clairement

l'idée à laquelle elle s'attache ; c'est un cas assez fréquent, lorsqu'un individu a attendu jusqu'au dernier jour pour faire son testament. On voit des moribonds, chez qui la volonté est restée assez ferme pour dicter au milieu des crises de la maladie, un testament raisonnable, quoique entrecoupé par des accès de délire fébrile.

Un pareil testament peut-il être validé ? Sans doute, s'il est prouvé qu'il est bien l'œuvre du testateur lui-même, et que la volonté a toujours été consciente de ce qu'elle exprimait. En effet, si le testament est raisonnable malgré la fièvre, c'est que sa conception dans l'esprit remonte à une époque antérieure ; à une époque où les idées étaient encore lucides. Il a donc suffi de la mémoire et de la volonté pour donner aux dispositions ainsi arrêtées d'avance, l'expression qui en fait la valeur.

Peu importe qu'au moment de la dictée, l'esprit n'ait plus eu la force mentale de constituer de toutes pièces un nouveau testament ; s'il en a conservé assez pour exprimer dans les formes légales celui qu'il avait déjà conçu antérieurement, l'acte sera maintenu. Mais il y aura là matière à appréciation délicate. Le testament peut quelquefois prendre une forme si simple, que son expression n'implique pas le moindre travail de l'esprit. Par exemple : « Je fais X... mon légataire universel. » Une telle phrase peut aussi bien être une parole échappée au délire, que le résultat

d'une mûre réflexion ; aussi, ce testament rédigé au milieu d'accès de fièvre, ne saurait être validé, que s'il a paru aux témoins que la volonté existait visiblement, et que si le testament ainsi fait, était en harmonie avec les idées antérieures du testateur. S'il paraît, au contraire, en désaccord avec ce qu'on savait de ses intentions, ou s'il porte la marque du trouble et de la confusion des idées, ou encore s'il a été jeté au milieu de phrases sans suite, et sans que rien n'indique que la volonté s'est arrêtée sur cette idée, plus spécialement que sur toutes celles que la maladie fait apparaître, c'est que la fièvre a vaincu la volonté, et l'acte doit être annulé.

AUTRES INFLUENCES MORBIDES

La douleur physique et le délire fébrile sont deux caractères qu'on trouve dans des maladies très diverses, ils sont très généraux et n'attaquent qu'indirectement la puissance de l'esprit. Il n'en est pas de même de certaines maladies, qui, par leur siège même qui est le cerveau, constituent, par leur seule présence, une affection mentale. Toute lésion à cet organe a immédiatement son contre-coup sur l'esprit. Une attaque de paralysie vient diminuer sa force, et si elle est répétée, peut l'affaiblir au point de le rendre incapable de faire un acte intelligent. Comme il n'est pas indispensable de jouir de toutes les facultés de son

esprit pour tester, qu'il suffit d'être assez intelligent pour comprendre et vouloir, la paralysie, tantôt sera une cause de nullité et tantôt ne le sera pas.

Il y a des individus qui, par suite de maladies, quelquefois aussi en dehors de toute maladie, sont sujets à des hallucinations. C'est là une cause d'erreur qui vient s'introduire dans le raisonnement, et peut occasionner des actes qu'on n'aurait pas commis sans cette affection singulière. Comme dans la monomanie, il faudra rechercher quelle est, dans l'acte, la part qui revient à l'erreur, et on validera ou cassera le tout ou partie, suivant que l'hallucination ne s'est pas fait sentir dans le testament, ou qu'elle a occasionné tout ou partie des dispositions.

IVRESSE, IVROGNERIE, DÉLIRE ALCOOLIQUE

L'ivresse est une sorte de folie par la nature de ses effets ; elle ôte à l'homme la conscience et la volonté. D'un autre côté ses effets ne sont que momentanés ; de plus, se mettre en cet état dépend ordinairement de la volonté. Ces deux derniers caractères en font un état bien distinct ; néanmoins, au point de vue de la capacité de disposer, nous appliquerons notre règle ordinaire. L'ivresse a-t-elle influé sur la rédaction de l'acte, celui-ci n'est pas l'œuvre d'une volonté libre et ne doit pas être validé (1). Comme il y a des degrés

(1) Rouen, 19 janvier 1823. Dalloz, *Dispositions* n° 235.

dans l'ivresse et que ce n'est pas un état séparé nettement de l'état normal, il faudra toujours une appréciation ; si l'ivresse est bien établie, l'acte tombe. Mais certains individus ont un tempérament qui résiste à de très fortes absorptions de boissons enivrantes, le corps est déjà abattu que l'esprit fonctionne toujours et raisonnablement. Pour ceux-là, on pourra valider leurs dispositions, mais en prenant soin de vérifier si les actes faits en un pareil état, si raisonnables qu'ils paraissent, ne dépendent pas plutôt d'une surexcitation nerveuse occasionnée par l'alcool, que de la volonté. Un testament fait en état d'ivresse, est le plus souvent nul, en tous cas il est toujours discutable.

A côté de l'ivresse proprement dite, il faut placer l'état maladif qui résulte d'ivresses souvent répétées. L'habitude de l'ivresse occasionne un affaiblissement général du système nerveux qui a son contre-coup dans l'intelligence et fait que l'homme adonné à l'ivrognerie, perd souvent, en dehors de tout état d'ivresse, une grande partie de ses facultés mentales.

Mais ici, nous rentrons dans les états permanents ou habituels que nous avons rangés dans la folie ; c'est en effet une véritable folie plus ou moins forte, dont l'ivresse est la cause, mais qui n'est plus l'ivresse. Suivant que l'intelligence sera troublée ou seulement affaiblie, que la folie sera permanente ou coupée d'intervalles lucides, le testament devra être cassé ou

validé (1). Quand l'ivrognerie atteint jusqu'au délire alcoolique, il n'y a plus d'appréciation possible, la folie est complète et le testament toujours nul.

**§ II. — De la vieillesse, de la maladie dont on meurt,
du suicide**

A côté de ces états qu'accompagne toujours plus ou moins un dérangement des fonctions du cerveau, il en est d'autres qui, tantôt coïncident avec un pareil dérangement, et tantôt laissent à l'esprit toute sa lucidité. Quelles que soient les chances, pour qu'aux états en question corresponde un trouble mental, comme le fait n'est pas régulier, ni certain, on ne saurait en faire une présomption légale d'incapacité d'esprit. Je veux parler de la vieillesse, de la maladie dont on meurt, et du suicide.

DE LA VIEILLESSE

La vieillesse n'est pas par elle-même une cause de nullité des dispositions à titre gratuit. La loi, en cette matière, ne tient compte de l'âge que quand il est trop tendre ; elle fixe à partir de quel âge on a la capacité de tester, et elle n'établit pas de délai au delà duquel

(1) Rennes, 10 mars 1846, (D. 1846, 2, 232.)

cette capacité cesse. Pourtant, à partir d'un certain âge, l'homme, à mesure qu'il avance dans la vieillesse, voit ses organes s'altérer, et cette altération porter atteinte aux facultés de son intelligence, qui finit elle-même par disparaître dans la décrépitude. Un individu arrivé à un pareil état ne doit plus pouvoir tester, et de fait l'article 901 s'y oppose, car il n'est plus sain d'esprit (1). Mais il ne s'ensuit pas qu'il faille dire que la vieillesse est une cause d'incapacité ; c'est l'affaiblissement de l'intelligence produit par la vieillesse, et non la vieillesse qui fait obstacle au testament (2).

Ce qui devra faire décider du maintien ou de l'annulation de l'acte, ce ne sera pas l'âge plus ou moins avancé du testateur, ce sera le plus ou moins de vigueur intellectuelle qu'il aura conservé. Comment en effet fixer un âge au delà duquel la faculté de comprendre et de vouloir serait présumée ne plus exister. La diversité des individus s'y oppose ; tandis que pour les uns l'imbécillité sénile apparaît à un âge, qui d'ordinaire est considéré comme celui de l'âge mûr, on en voit d'autres qui, dans les plus extrêmes limites que puisse atteindre la vie humaine, conservent l'intégrité de leurs facultés intellectuelles. Pour ceux-ci même, l'intelligence servie par une longue expérience, offre plus de garantie de justice et

(1) Cass., 7 mars 1864, D., 1864, 1, 168.

(2) Aix, 5 juillet 1844, D., 1845, 2, 48.

de raison que celle d'un homme de même qualité, mais moins avancé dans la vie.

Ainsi donc la vieillesse peut amener l'incapacité, mais elle ne l'amène pas toujours, et en tous cas, elle ne l'amène pas chez tous à la même époque; il n'y aura pas, par conséquent, de règle commune à appliquer aux testaments des vieillards. Chacun devra être l'objet d'un examen spécial, et donner lieu, en cas de contestation, à une enquête sur l'état intellectuel de l'individu à l'époque où il rédigeait ses dispositions. L'âge du testateur ne fait rien à la chose, sa capacité de fait seule est en cause.

On pourrait objecter il est vrai, que la loi ne tient pas compte de la diversité des individus, quand elle établit un âge minimum pour tester. Des intelligences ne sont pas ouvertes à seize ans, d'autres le sont avant cet âge; mais la situation n'est pas exactement la même. Il n'est pas vrai que l'anéantissement de l'intelligence, ou un grand affaiblissement soit la suite nécessaire, même de l'extrême vieillesse; tandis que dans le jeune âge, il y a toujours une période assez longue pendant laquelle l'intelligence de tous les sujets est trop peu développée pour leur permettre le testament. Si l'âge légal est plus élevé pour quelques-uns qu'il ne serait nécessaire, la période où l'incapacité légale ne correspondra pas à une incapacité de fait, sera forcément très courte. Les désavantages qui peuvent en résulter ne sont pas

comparables à ceux qui naîtraient d'un âge maximum imposé à la faculté de tester, c'est-à-dire, de la reconnaissance de la vieillesse comme présomption légale d'incapacité. Au dessous de seize ans la possession d'un patrimoine est chose relativement peu fréquente, et quand ce patrimoine existe, c'est dans presque tous les cas, de la famille que le propriétaire le tient. Le droit d'en disposer apparaît alors d'une façon moins évidente que lorsque le propriétaire l'a lui-même formé ou aggrandi. Mais surtout, à moins de seize ans, on a la vie devant soi, et ce n'est pas le testament qui est la préoccupation de cet âge. C'est au contraire le devoir d'un vieillard de prévoir l'instant de sa mort, et de prendre ses dispositions dans ce but. Pour cela, tant qu'il vit, il doit pouvoir les faire et les modifier, à moins que ses facultés ne viennent à l'abandonner. Le déclarer incapable quand il jouit encore d'un jugement sain, c'est le laisser impuissant devant le spectacle des indignités de ceux qu'il a choisis pour héritiers, et le faire mourir au milieu du chagrin causé par son erreur devenue irréparable.

DE LA DERNIÈRE MALADIE

A côté de la vieillesse nous trouvons la dernière maladie. L'approche de la mort enlève-t-il la santé d'esprit exigée par l'article 901 pour faire des disposi-

tions gratuites? Ce cas peut quelquefois se présenter; il est possible que la simple prévision d'un décès prochain, ôte au testateur, la liberté de réflexion et le calme, qui sont la santé de l'esprit. Il est possible aussi que la maladie, naturellement grave, puisque par hypothèse elle doit entraîner la mort, agisse sur le cerveau de telle façon, qu'elle trouble complètement les fonctions de cet organe. Dans ces différents cas, la capacité de tester disparaîtrait : mais est-il permis de généraliser, et de dire que toujours, la maladie, quand elle occasionne la mort, entraîne incapacité de tester?

Encore cette fois, nous répondrons non. Il est indéniable que bien des personnes gardent leur sang-froid et toute leur intelligence, en face de la mort; et bien des maladies assez graves pour être mortelles, n'apportent aucun trouble dans les fonctions du cerveau. Un testament fait au cours de pareilles maladies ne tombera donc pas à cause d'elles, sous le coup de l'article 901.

M. Legrand du Saulle, range à ce point de vue, en trois classes, les maladies dont on meurt (1). Dans le premier groupe, il place celles où le délire n'apparaît à peu près jamais (phtisie pulmonaire, affections cardiaques etc.). Comme dans ce cas l'intelligence reste entière, la simple allégation que le testament a

(1) *Testaments contestés*, p. 115.

été fait au cours de la maladie dont le testateur est mort, ne sera pas suffisante pour donner ouverture à l'action en nullité, fondée sur l'article 901, il faudra alléguer d'autres causes d'insanité d'esprit. — Dans le second, il fait rentrer les maladies qui n'intéressent que secondairement le cerveau, celles qui, sans porter une atteinte directe à ses fonctions, peuvent cependant troubler l'intelligence par la fièvre ou autres accidents qu'elles occasionnent. Les longues maladies qui appauvrissent le sang, rendent le système nerveux très impressionnable, et la moindre maladie peut alors, troubler l'exercice de la pensée. Un testament rédigé sous l'empire d'une maladie de ce groupe, n'est pas annulé par le seul fait que la rédaction correspond à l'époque de la maladie ; mais il peut donner lieu à une enquête, tendant à prouver que la maladie a occasionné les accidents précités, qui enlèvent la capacité de tester. — Dans le troisième se trouvent les maladies qui s'attaquent directement à l'encéphale, siège de la raison, et qui entraînent perte complète de la connaissance (1). Une telle maladie est incompatible avec la conservation de l'intelligence.

Le testament tombera alors sur la simple preuve que la rédaction est postérieure à l'attaque de la maladie.

La dernière maladie ne peut donc pas être prise

(1) *Inflammation des méninges, tumeurs du cerveau, etc.*

comme présomption légale d'insanité d'esprit (1); tantôt elle fera tomber l'acte, tantôt elle ne le fera pas tomber; dans la plupart des cas il faudra une enquête particulière sur l'état du malade avant sa mort.

DU SUICIDE

Le suicide est souvent considéré comme une manifestation de la folie; les idées modernes nées sous l'influence du christianisme réprouvent le fait de se donner la mort, et tendent à y voir une aberration mentale. Devra-t-on dire, en conséquence, que l'homme qui s'est tué, n'était pas sain d'esprit au sens de l'article 901, et que son testament doit être annulé?

La question ne comporte pas de réponse absolue. L'observation montre, en effet, d'une part, des suicides qui ont terminé des maladies mentales, connues déjà du vivant du malade par d'autres manifestations; la folie peut donc quelquefois conduire au suicide. On voit aussi des gens qui, sans qu'on ait soupçonné chez eux la folie, se donnent tout d'un coup la mort, alors que rien ne peut faire comprendre le mobile qui les a fait agir, ou bien que les raisons qui les ont déterminés à cette résolution fatale, sont en complète disproportion avec l'acte commis. Si on se prend à examiner après coup la vie de ces derniers, on s'aperçoit que de

(1) Bourges, 26 février 1855, Sirey, 1855, 2, 498.

leur vivant ils étaient en proie aux idées noires, que l'idée de la mort les hantait, et ces symptômes, insignifiants par eux-mêmes, qui ne faisaient présumer en rien la gravité du mal dont l'esprit était atteint, apparaissent tout à coup, par le fait du suicide, comme des manifestations évidentes d'une folie jusque-là ignorée, mais réelle et ancienne. Dans ce cas, on peut dire que le suicide prouve la folie ; c'est un acte inconscient, l'effet d'une hallucination, d'un trouble cérébral. La volonté et l'intelligence n'y sont pour rien, et on peut conclure qu'elles ne sont pour rien également dans les actes faits en vue de ce suicide, par exemple dans le testament. Ce dernier tombera donc, mais bien entendu il faudra qu'il ait été fait sous l'influence des idées qui ont poussé au suicide ; s'il est antérieur aux premiers symptômes de dérangement d'esprit, on devra le valider,

Certains esprits voudraient ramener à ce type tous les cas de suicide, et déclarer fous, tous ceux qui finissent ainsi ; mais une telle proposition est inadmissible. Nous venons de parler des suicides sans cause, il en est, par contre, de parfaitement réfléchis, qui sont le résultat, non pas de la maladie, mais d'un raisonnement où tous les arguments pour et contre ont été pesés avec soin. Les idées d'ailleurs, qu'a fait sur ce sujet prédominer l'église, n'ont pas été reçues de tout temps. Dans l'antiquité, la doctrine philosophique la plus élevée, parmi toutes celles antérieures

au christianisme, le stoïcisme, tenait le suicide en grand honneur. Lorsqu'à la suite de malheurs considérables, quelqu'un ne se sent plus la force de continuer la lutte, sa décision de quitter la vie, si elle ne se justifie pas, peut du moins s'expliquer très raisonnablement. L'acte qu'il commet alors, a fait l'objet d'une réflexion approfondie, il est consenti en connaissance de cause, il est libre, et ne peut pas du tout rentrer dans la catégorie des faits qui échappent à notre volonté. Le testament qui précède un tel suicide, est donc parfaitement valable, l'intelligence et la volonté ne lui ont pas fait défaut.

Que faire donc, lorsqu'on se trouve en présence du testament d'un suicidé? On devra d'abord rechercher si le *de cujus* était considéré comme fou ou comme raisonnable de son vivant, et dans le cas où on ne le jugeait pas fou, si sa mort peut s'expliquer par un motif suffisamment grave. Dans ce dernier cas, il faut valider le testament sans crainte (1). Si les motifs du suicide sont incompréhensibles, on remontera dans la vie du défunt pour trouver les symptômes dont nous parlions tout à l'heure, et qui permettent d'établir que le suicide est le résultat d'une idée fixe. Si on ne trouve aucun de ces symptômes, le testament devra être également maintenu, l'insanité d'esprit

(1) Caen, 3 février 1826, Sirey, 1829, 2, 265. — Orléans, 26 février 1829, Sirey, 1829, 2, 338. — Cass., 11 novembre 1829, Sirey, 1830, 1, 36.

n'est pas prouvée, et la capacité doit l'emporter sur l'incapacité. — Si, au contraire, la mort a été déterminée par une folie préexistante, ou si les causes connues du suicide font la preuve de l'insanité d'esprit de la victime au jour de sa mort, il y aura un second point à observer : le testament a-t-il été fait ou non, sous l'influence des idées qui ont déterminé la mort ? Ce point pourra être éclairci, d'abord par la date du testament, et ensuite par une enquête sur l'état d'esprit du *de cujus* au jour de la rédaction de l'acte. Ce dernier remonte-t-il très loin avant la mort, quand aucun des symptômes qui ont précédé le suicide n'avait encore paru, il sera validé ; est-il au contraire d'une date très récente, et porte-t-il en lui la marque des idées, sous l'influence desquelles, le suicide a eu lieu, on devra l'annuler.

§ III. — Infirmités apportant un obstacle à la confection d'un testament

Nous avons dit que, pour avoir la capacité de tester, il suffit d'être sain d'esprit ; la santé physique n'est d'aucune considération lorsqu'elle n'a pas d'influence sur l'état mental. Cependant, sans porter atteinte ni aux facultés morales, ni à la capacité juridique, l'état physique peut à lui seul mettre obstacle à l'exercice du droit.

C'est qu'en effet, il n'y a que trois formes pour faire

un testament, et certaines infirmités, tout en laissant l'esprit intact, empêchent de se servir d'aucune de ces trois formes. On peut tester dans la forme olographe, dans la forme mystique, ou dans la forme publique. Qui ne peut écrire, n'emploiera pas la forme olographe, qui ne peut entendre ou parler, n'emploiera pas le testament public. Qui ne peut écrire, ni parler, n'emploiera aucune des trois formes, faute d'un moyen quelconque d'exprimer sa pensée d'une façon suffisamment claire. Si donc l'ignorant qui n'a que les testaments publics et mystiques à son service, vient à perdre l'ouïe ou la parole, sa capacité de tester ne lui servira de rien ; il n'y a pas en effet d'autre forme, dans laquelle il lui soit permis d'exprimer ses dernières volontés, que l'écriture et la parole.

SOURDS-MUETS

Dans l'ancien droit, les sourds-muets de naissance se trouvaient dans l'impossibilité de tester, puisque leur éducation était impossible. Il suffisait de prouver qu'un individu avait été sourd-muet de naissance pour que le testament qu'on lui attribuait tombât immédiatement. Comme on ne connaissait pas d'exception possible à cette règle, on érigea l'incapacité du sourd-muet en présomption légale (1). Il n'en est plus de même

(1) Ricard. *Donations entre vifs et testamentaires*, t. I, 1^{re} partie, ch. III, sect. II, n° 131; — Furgole, t. I, ch. IV, sect. II,

aujourd'hui qu'on enseigne à lire et à écrire à ces individus ; le testament olographe leur est permis. L'incapacité légale a disparu pour ne laisser subsister que l'incapacité physique, celle qui résulte de l'infirmité, c'est-à-dire l'impossibilité d'employer le testament dicté ou public, ou même, en cas d'ignorance, le testament olographe. L'incapacité ne s'applique donc plus à toute une catégorie, mais seulement à des individus.

La doctrine que nous suivons est celle de la jurisprudence qui confirme purement et simplement le testament olographe du sourd-muet, quand le demandeur en nullité n'arrive pas à prouver que le testateur écrivait sans comprendre.

Un jugement du tribunal de Dieppe, s'inspirant de l'ancienne jurisprudence, avait mis à la charge du légataire l'obligation de prouver, que le testament d'un sourd-muet était bien « la libre expression de la volonté d'un homme capable de tester ». Cette preuve n'ayant pu être faite, le tribunal annula le testament. Mais la Cour de Rouen le 23 août 1849 réforma ce jugement, qui faisait revivre la présomption légale d'incapacités des sourds-muets, et imposa au demandeur en nullité la preuve que le testateur ne comprenait pas ce qu'il écrivait. Aucune

n° 216. Les *Inst.*, II, 11, § 2 permettaient au soldat sourd-muet de tester. Cette exception cessa d'être admise en France après l'ordonnance de 1735, dont l'art. 2 déclarait nulles toutes les dispositions par signes.

autre preuve n'étant apportée que l'infirmité physique, le testament fût confirmé (1). — Un autre arrêt, de la Cour de Pau du 23 décembre 1851, décide de même : « attendu qu'il suffit pour tester d'avoir la volonté, l'intelligence et la liberté de faire l'acte en question ; attendu que le demandeur allègue que le sourd-muet a copié un modèle de testament sans le comprendre, mais qu'il ne fait pas la preuve de ce qu'il avance ; que les sourds-muets ne sont pas déclarés incapables par la loi ; qu'ils peuvent tester si leur infirmité ne met pas un obstacle physique à l'expression de leur volonté ; attendu que les sourds-muets peuvent maintenant communiquer avec les autres hommes par l'écriture, et développer les dons de leur intelligence ; que l'écrit est donc une preuve de l'expression de leur volonté ; qu'à défaut de la preuve que le sourd-muet a écrit sans comprendre il faut valider l'acte ; et cela à plus forte raison quand l'enquête montre au contraire qu'il comprenait fort bien ; attendu que le testateur a employé une forme consacrée, qu'il a eu conscience et volonté, par ces motifs, valide, etc. » (2).

D'un autre côté la jurisprudence exige qu'on puisse remplir complètement les formalités imposées par la loi : c'est ainsi qu'elle refusa de valider le testament authentique d'un individu frappé de surdité

(1) D., 1850, 2, 59.

(2) D., 1854, 5, 247.

absolue. La loi dit en effet, qu'après la dictée l'acte sera relu à haute voix par le notaire, or le testateur était dans l'impossibilité d'entendre cette lecture, et par suite de vérifier si ses intentions avaient bien été transcrites (1). — Cette décision conforme au texte de la loi a paru trop sévère à quelques auteurs (2). Pour ces auteurs, le but qu'a cherché la loi serait atteint, si le testateur relisait lui-même à haute voix, en présence des témoins, l'acte que vient de rédiger le notaire. Mais il faudrait au moins que la lecture eut lieu à haute voix; on peut conclure que même dans cette opinion, plus large pourtant que, celle de la jurisprudence, le sourd-muet ne pourrait pas encore employer le testament authentique.

Cependant, dans un autre ordre de dispositions, dans la donation entre vifs, on a donné au sourd-muet le droit de se servir du ministère d'un notaire (3). L'espèce présentait même une difficulté particulière, le sourd-muet étant illettré, ne pouvait manifester sa volonté que par des signes peu précis. L'acte ne fut pas annulé, car la Cour jugea que le notaire avait pris toutes les mesures voulues pour que l'expression de volonté chez le donateur fut mise hors de doute. Mais comme la fonction d'un

(1) Montpellier. 1^{er} décembre 1852. — D., 1853, 2, 82, et 1854, 1, 169.

(2) Marcadé, Coin. Delisle. Bayle-Mouillard.

(3) Arrêt de la Cour de Bordeaux du 29 décembre 1856, D. 1857, 2, 173.

notaire est de ne donner le caractère authentique qu'aux expressions de volonté faites dans un langage que tout le monde comprend, le même arrêt autorisa les demandeurs en nullité à faire contre l'acte notarié et sans inscription de faux, la preuve que le notaire avait mal interprété les signes du sourd-muet.

APHASIE

A côté des sourds-muets, il faut placer une autre infirmité qui n'entrave pas le bon fonctionnement du cerveau, mais qui cependant peut empêcher la rédaction d'un testament, par l'obstacle qu'elle apporte à l'expression de la volonté ; je veux parler de l'*aphasie*. L'aphasie est une maladie qui s'attaque à la faculté de la parole et à la mémoire des mots ; elle vient, le plus souvent, à la suite d'une paralysie, ou bien d'un accident qui détermine une lésion dans un certain point du cerveau. L'aphasie peut se compliquer d'une maladie mentale, mais elle peut très bien en être indépendante et ne pas tomber sous le coup de l'article 901. Les aphasiques doivent être classés suivant la gravité du mal : 1° Les uns ont perdu l'usage d'un grand nombre de mots, mais continuent à parler intelligemment avec un vocabulaire restreint ; la faculté d'écrire leur est restée ; 2° d'autres écrivent et ne parlent pas ; 3° d'autres ne peuvent qu'écrire à la dictée ou avec un modèle, mais ils comprennent ce qu'ils font ; 4° d'autres

disent des mots ou écrivent sans comprendre, ou enfin ne sont capables ni de parler, ni d'écrire.

Les aphasiques les moins fortement atteints, que nous rangeons dans la première classe, emploieront les trois formes de testament; ceux de la seconde classe, qui écrivent seulement, auront le testament olographe. Que décider des aphasiques de la troisième classe, qui, capables de lire et de comprendre, ne le sont pas d'exprimer eux-mêmes leur volonté? si l'aphasique est simplement aphasique, c'est-à-dire s'il a conservé l'intelligence, il pourra, quand on lui présentera un choix de mots ou d'expressions, indiquer précisément celle qui correspond à l'idée qu'il veut exprimer. Il arrivera ainsi, avec l'aide d'autrui, à donner une forme tout au moins grossière à sa pensée; en se servant de signes à défaut du langage, il parviendra à faire comprendre à ceux qui l'entourent ce qu'il désire d'eux, à obtenir d'eux des modèles pour les actes qu'il veut faire, et à les recopier. Si la faculté d'écrire est complètement perdue, l'aphasique aura encore la ressource du testament mystique, conformément à l'article 977. Un testament fait dans ces conditions, quoique d'après un modèle, est, selon nous, valable. Le testateur savait se rendre compte de ce qu'il lisait; s'il se l'est approprié, c'est que le projet était bien l'expression de sa volonté. Mais lorsque un pareil testament se présentera dans la pratique, il faudra sérieusement examiner, si celui qui l'a fait, était bien

en réalité capable de comprendre ce qu'on lui faisait transcrire; ou si, au contraire, il ne fallait pas le ranger parmi ceux qui, avec la parole, ont perdu le discernement, et sont des machines dans la main d'autrui. Dans ce dernier cas, le testament n'aurait aucune valeur, comme d'ailleurs tous ceux qu'on pourrait attribuer aux gens que nous avons rangés dans la dernière classe des aphasiques. Un jugement du 31 mars 1877, rendu par le tribunal de Paimbœuf et confirmé par la Cour de Rennes, valide un testament que l'enquête prouva avoir été fait par une aphasique (1), et même d'après un modèle.

Cependant pour les personnes même légèrement atteintes, et qui rédigent d'elles-mêmes leurs dispositions, il faudra, quoique nous n'ayons pas mis leur capacité en doute, faire subir à leur testament un examen plus méticuleux qu'à celui des personnes ordinaires. L'aphasie apporte, en effet, un certain trouble dans les facultés d'expression qui survivent; elle fait souvent prendre un mot pour un autre, et dans ces conditions l'écrit ne peut plus être à lui seul une preuve suffisante de volonté. Une sévérité plus grande est nécessaire, car, tandis que pour tout autre individu, une clause non en rapport avec les actes de cette personne pendant son vivant, s'explique, soit par un regret de la dernière heure, soit par un sentiment inconnu qui

(1) Legrand du Saulle, *Testaments contestés*, p. 227, *Affaire Kermasson*.

lui a fait dissimuler ses véritables opinions, l'explication la plus plausible dans le cas d'aphasie, serait que le testateur voulant une chose, en a, par suite de son infirmité, exprimé une autre.

En résumé, l'aphasie n'est une impossibilité complète de tester que lorsqu'elle est très développée; d'autre part quand elle n'est pas cause d'incapacité, elle ôte au testament une partie de sa force probante. Elle rentre donc dans le cadre des incapacités de tester.

CHAPITRE IV

Incapacité résultant de sentiments poussés à l'excès.

Nous avons vu les causes d'incapacité qui proviennent de l'état maladif, de l'esprit et du corps, voyons maintenant celles qui résultent de sentiments poussés à l'excès.

On ne saurait exiger d'un homme qu'il ne se dirige et n'agisse jamais que sous l'influence de sa raison. Les sentiments ont une grande part dans l'activité humaine, et la loi doit reconnaître la légitimité de leurs effets. L'affection et l'aversion, notamment, dont les objets sont loin de concorder ordinairement avec ce qu'il serait raisonnable d'aimer ou de haïr, sont au premier chef les mobiles des dispositions à titre gratuit. N'en pas tenir compte, équivaldrait presque à supprimer la faculté de disposer de son bien. Comme la nature a mis l'homme à même d'entendre et de

suivre à son gré la voix de son cœur ou celle de sa raison, la loi devra valider ces actes quels qu'ils soient, autrement elle porterait atteinte à la liberté de la personne. Mais pour qu'il y ait dans le fait d'annuler certains actes, une atteinte à la liberté, il faut que cette liberté ait réellement existé avant l'acte ; que l'auteur ait été à même de choisir entre les deux influences qui luttaient dans son esprit, ce qui ne se présente pas toujours.

Soit par suite de sa complexion physique, soit par l'effet d'une volonté trop faible, les sentiments peuvent arriver à une violence telle chez un individu, que ce dernier est obligé de les subir et de se laisser mener par eux, sans que la volonté puisse résister, ni la raison se faire entendre. Dans cette hypothèse il n'y a pas à parler de libre choix ; c'est la passion et non l'homme qui fait l'acte, et comme l'acte s'est trouvé imposé malgré la raison et en dehors de la volonté, si c'est d'une donation ou d'un testament qu'il s'agit, on ne saurait y voir l'œuvre d'une personne saine d'esprit. L'article 901 trouve donc ici son application. Il n'y a pas à classer ni à énumérer les sentiments, aucun n'est spécialement une cause d'incapacité, et tous peuvent le devenir : cela dépend de leur intensité.

Nous avons parlé de l'affection comme mobile ordinaire des dispositions gratuites ; sans elle, l'acte ne se serait pas fait. Vient-elle par contre à se développer à l'excès, à prendre les caractères d'une passion irrè-

sistible, l'acte fait reste sans valeur. Il en est de même de tous les autres sentiments ; la loi reconnaît leurs effets quand ils sont modérés, soumis à l'examen de la raison ; mais sitôt que cédant à leur entraînement, l'homme échappe au contrôle de son intelligence, que l'aversion devient haine aveugle, que la jalousie prend le caractère d'une idée fixe, et que la colère atteint la fureur, les actes passés dans ces moments ne peuvent plus être sérieux. Ils sont l'œuvre de gens qui ne se connaissent plus, et qu'on doit protéger contre eux-mêmes ; on a devant soi des fous au sens propre du mot.

LA COLÈRE ET LA HAINE INJUSTE, SONT-ELLES PAR ELLES-MÊMES
DES CAUSES DE NULLITÉ DES DISPOSITIONS A TITRE GRATUIT ?

Pourra-t-on en dehors de la passion, invoquer l'article 901 contre des dispositions inspirées par un sentiment de haine non justifié, ou même évidemment injuste ? Un père déshérite ses enfants qui ne se plient pas à toutes ses exigences capricieuses. Il institue un héritier étranger, en haine de ses héritiers naturels qui ne sont pas coupables des faits qu'il leur reproche. Pourra-t-on faire tomber son testament, par la preuve que jamais les descendants n'ont mérité le sort qui les atteint ? Pour que le testament fut annulé, il faudrait que le testateur n'eut pas été capable au jour de la rédaction ; mais il n'y a d'incapables que ceux qui

ne sont pas sains d'esprit, et faire une fausse appréciation du mérite des gens, n'est pas insanité d'esprit.

Cependant il n'y a pas unanimité d'opinion, quand il s'agit d'une disposition faite sous l'empire d'une haine injuste. C'est que sur ce point, en effet, nous avons des précédents. Au temps de l'ancien droit, quand un héritier naturel se trouvait écarté par un testament, et qu'il prouvait n'avoir mérité en rien la disgrâce du testateur; que celui-ci n'avait agi que par colère, ou par une haine injuste, l'action *ab irato* faisait tomber le testament.

Il fallait toutefois établir clairement la relation entre la disposition et la haine, de façon à ce que la haine seule expliquât la disposition. Cette preuve une fois faite et la haine reconnue injuste, on n'en demandait pas plus long; peu importait que le testateur eût rédigé froidement et dans son bon sens le testament en question, il était présumé avoir eu l'esprit obscurci, et par suite avoir été incapable de tester. Cette action *ab irato* existe-t-elle encore sous l'empire du Code civil? Merlin (*ab irato*) et Troplong (1) prétendent que oui et se fondent sur des paroles que prononça Bigot Préameneu lors de la discussion du Code civil (article 901):

Le Code civil n'a pas reproduit le texte du projet, « la loi n'admet pas la preuve que la disposition n'a été faite que par haine, colère, suggestion ou capta-

(1) T. II, 479.

tion, » et Bigot Préameneu dit que c'est pour laisser toute faculté d'appréciation aux tribunaux. « Ils empêcheront que les familles ne soient dépouillées par les gens avides qui subjugent les ignorants, ou par l'effet d'une *haine* que la raison et la nature condamnent (1). »

Quant à nous, nous répondrons qu'elle n'existe plus. L'action *ab irato* dans l'ancien droit, était véritablement une cause spéciale de nullité des testaments, tout à fait distincte de l'insanité d'esprit, et qu'on aurait pu qualifier, nullité résultant de l'oubli des devoirs de famille. Or, l'article 902 décidant que toutes personnes peuvent disposer entre vifs ou par testament, excepté celles que la loi en déclare incapables, et la loi ne visant aucune cause semblable de nullité, on doit décider que l'action *ab irato* n'existe plus.

La colère et la haine ne font donc tomber un testament, quand même elles seraient parfaitement injustes, et les seules causes de l'acte, que si elles ont atteint ce degré où la passion aveugle la raison. Mais une fois ce degré atteint, l'acte fait dans un pareil moment est toujours nul, que la colère soit légitime ou non. Le testateur ne se possède plus ; il n'a qu'une idée, enlever son héritage à l'homme, objet de sa fureur ; et pour cela il rédigera des dispositions, dont il ne prévoiera pas tous les effets par suite de l'aveuglement de son esprit, et qui pourront avoir pour les siens

(1) Locré, t. V. p. 315.

un résultat plus funeste que le mal qu'il voulait éviter.

Deux exemples pris dans la jurisprudence montreront à peu près quelle est la limite que ne doit pas franchir la colère pour que la capacité soit maintenue.

1° Arrêt de la Cour d'Aix confirmé par la Cour de cassation le 29 février 1876 (1). « Attendu que le testateur s'est toujours montré d'un caractère bizarre, ardent et irritable à l'excès, qu'il a conçu contre sa famille et surtout contre sa sœur une haine injuste, *aveugle*, déréglée, qui doit faire croire à une *altération de ses facultés* morales... etc. annule... » Pourvoi en cassation, parce que la Cour aurait prononcé la nullité du testament en s'appuyant sur le fait d'une haine injuste, ce qui serait faire revivre l'action *ab irato* qui ne doit plus exister. — Rejet du pourvoi, car la nullité est fondée non sur la haine, mais sur l'altération des facultés morales, point de fait que la Cour d'appel doit trancher souverainement.

2° Jugement du tribunal civil de Rouen du 18 février 1873, confirmé par la Cour d'appel, puis par la Cour de cassation le 9 mars 1875 (2). Louise Leroy se trouve privée de la quotité disponible, par testament de Giguel, son père adoptif. Les documents du procès n'établissent à partir du 31 mai 1870, jour de l'adoption, jusqu'au 17 décembre suivant, date du

(1) D., 1876, 1, 367.

(2) D., 1877, 1, 220.

testament, aucun sujet de mésintelligence entre Giguel et Louise Leroy, ni rien qui ait pu motiver l'exhérédation; le jugement reconnaît qu'à partir du 17 décembre, jusqu'à la mort du testateur, elle a été en apparence, l'objet des mêmes preuves de tendresse de la part de son père adoptif; qu'elle même s'est montrée dévouée pour lui; mais :

« Attendu que les arguments qui feraient résulter la folie de l'acte lui-même ne sont pas probants; que, si injuste que paraisse l'épithète d'ingrate appliquée à sa fille, c'est à un autre point de vue qu'il faut examiner l'épithète tombée de la plume du testateur; qu'on doit se placer dans le courant de ses idées vraies ou fausses, de ses appréciations justes ou erronées, pour décider si son imputation signalée comme preuve d'une altération grave des facultés mentales, n'est pas au contraire, si injuste qu'elle soit d'ailleurs, l'expression logique dans sa dureté, des opinions habituelles de Giguel, l'indication exacte des sacrifices qu'il exigeait de ceux à qui il rendait service et témoignait sa bienveillance.

« Attendu qu'au milieu des ménagements de convenue apportés par chacune des parties dans la révélation du caractère de Giguel, il est facile de préciser un côté de ce caractère évidemment absolu et despotique au plus haut degré, ne permettant pas à ceux qui avaient accepté de devenir ses obligés, d'avoir dans leurs rapports avec lui d'autres opinions que les

siennes, et de tenir une autre ligne de conduite que celle qu'il prétendait, à tort ou à raison, leur imposer ; que c'était là le prix qu'il attachait à ses services et à ses bienfaits... qu'en dehors de cette soumission aveugle, il ne tenait compte de rien, pas même dans les moments suprêmes, des preuves les plus sérieuses et les plus touchantes du respect et de l'affection ;

« Attendu qu'il faut rechercher si ce bienfaiteur absolu, impitoyable, a rencontré chez Louise Leroy, la docilité, la soumission, qu'il se croyait en droit d'obtenir de sa fille adoptive... que celle-ci a pu méconnaître, par des oppositions, même raisonnables, l'affection despotique de Giguel, que cette explication du testament du 17 décembre, se présente tout naturellement, sans qu'il soit nécessaire de la rechercher dans l'insanité d'esprit.

« Par ces motifs valide... »

CHAPITRE V

De la preuve de l'insanité d'esprit

§ I. — Il n'existe aucune limite légale à la preuve de l'insanité d'esprit du testateur.

Nous venons de passer en revue un grand nombre des affections, tant physiques que morales, qui font tomber les testaments sous l'application de l'article 901. Mais pour qu'elles jouent ce rôle de causes de nullité, il faut que leur existence ait été légalement constatée, c'est-à-dire qu'on ait fait la preuve de la réalité de ces affections, et de leur rapport avec le testament. Aucun état, en effet, n'entraîne présomption légale d'incapacité. Nous avons déjà vu qu'il ne fallait pas confondre les dispositions de l'article 901 avec l'interdiction : c'est d'une grande importance en matière de preuve. L'article 901 s'applique en dehors de l'interdiction ; il n'est pas besoin que le testateur ait été interdit, pour qu'on puisse faire la preuve de

l'insanité d'esprit qui le rendait incapable de tester, et cela, soit après sa mort, ce qui exclut l'article 504, soit que le testament remonte à une époque antérieure à l'interdiction, quand les causes de celles-ci n'existaient pas notoirement ce qui exclut l'article 503.

Les termes généraux de l'article 901 d'abord, puis les travaux préparatoires, lèvent les obstacles, apportés par l'article 504 à la preuve de la folie. Le projet d'article 901 portait en plus de la rédaction actuelle les mots suivants « ces actes ne pourront être attaqués pour cause de démence, que de la manière prescrite par l'article 504 (1) » c'est-à-dire, si l'interdiction a été demandée, ou si la folie résulte de l'acte. Le conseil d'état trouva les conditions trop dures ; Cambacérès voulait les moyens de preuve les plus larges. Tronchet acceptait le témoignage s'il existait un commencement de preuve par écrit. Faute d'entente, on réserva le paragraphe, qui ne revint plus en discussion. — Dans l'état actuel de la législation, il n'existe donc aucune limite légale à la preuve de la démence du testateur (2).

De la différence entre ces deux états, de ce que l'interdiction a un autre objet que l'article 901, il résulte qu'on ne saurait opposer l'exception de chose jugée à l'individu qui demanderait, après avoir échoué dans une demande en interdiction, la nullité du testament

(1) Fenet, t. XII, p. 296.

(2) Agen, 7 mai 1851, Sirey, 1851, 2, 273. — Cass., 7 mars 1864, Sirey, 1864, I, 163.

en s'appuyant sur l'insanité d'esprit. A plus forte raison en sera-t-il de même si la première demande n'avait porté que sur une dation de conseil.

C'est qu'en effet, nous l'avons vu, on exige pour prononcer l'interdiction une folie habituelle, et qu'il suffit d'un seul acte de folie pour faire tomber le testament. Or, en décidant que la folie habituelle n'existait pas, les juges n'ont pas établi que le testateur n'avait pas pu être atteint d'une aberration d'esprit accidentelle. De même, quand sur la demande en interdiction les juges se contentent de nommer un conseil judiciaire, le jugement ne peut pas être invoqué comme titre contre toute demande postérieure en nullité de testament, fondée sur l'article 901.

La preuve de l'insanité d'esprit, pour obtenir la nullité d'un testament, devra donc être toujours admise. De même qu'aucune présomption légale ne dispense de cette preuve, aucune ne s'oppose à son admission.

Enfin, tandis que l'interdiction ne peut être demandée que par certaines personnes (art. 490-491) parents, époux, procureur de la République, tout intéressé pourra formuler une demande en nullité d'un testament et être admis à prouver la folie du testateur. Ce sera généralement l'héritier légitime, le légataire d'un précédent testament, et enfin toute personne intéressée à ce que le testament ne soit pas maintenu.

Suivant le droit commun, la preuve est à la charge

du demandeur, c'est à celui qui demande la nullité de prouver l'incapacité. Il invoque, en effet, un état exceptionnel. Mais il ne suffira pas d'établir qu'à un moment quelconque le testateur n'était pas sain d'esprit, il faudra prouver que c'était au moment même où a eu lieu la rédaction du testament que la folie existait. De son existence à toute autre époque, en effet, on ne pourrait conclure à son influence sur l'acte.

Cette preuve est, comme on le voit, particulièrement difficile; elle est favorable au maintien de la volonté exprimée, et par sa difficulté constitue une garantie contre une trop grande extension des termes un peu indécis de l'article 901.

La date du testament permettra de se reporter à l'époque de la rédaction et c'est pour ce jour même qu'il faudra prouver l'aliénation. Toutefois les juges pourront se contenter d'une plus ou moins grande précision dans le temps, suivant la nature des faits allégués.

Si l'on veut s'appuyer pour demander la nullité sur un de ces mouvements de passion comme la colère et l'amour, ou sur un de ces états physiques dont la durée est ordinairement limitée, comme l'ivresse, le délire fébrile, la douleur, il faudra une coïncidence parfaite entre le fait allégué et l'époque du testament; et non seulement une coïncidence de jour, mais encore de moment, c'est-à-dire, qu'en plus du temps, on aura à prouver la relation du testament avec l'état d'a-

berration d'esprit, le fait que l'un est le résultat de l'autre. Si c'est au contraire une maladie mentale parfaitement caractérisée qu'on invoque, une aussi grande précision sera inutile. La preuve que le testateur était sous l'empire de son accès très peu de temps avant la rédaction, qu'il y était encore très peu de temps après, permettra de supposer que l'accès s'est continué d'un moment à l'autre sans interruption. Cela dépendra de la nature de la maladie, de la longueur habituelle des accès, et de la fréquence des intervalles lucides. La règle étant qu'il faut prouver la folie à l'époque même du testament, les juges devront se montrer réservés dans la concession de cette faculté de ne prouver l'incapacité qu'à une époque rapprochée de celle de la rédaction ; dans tous les cas la preuve contraire, celle de l'intervalle lucide au moment précis, sera toujours ouverte au défendeur.

§ II — Moyens de preuve

Les moyens de preuve sont : 1° L'acte lui-même ; 2° la preuve par témoins et par présomptions de l'homme.

La preuve de la folie par l'acte lui-même est la meilleure de toutes, elle dispense des autres, c'est la seule d'ailleurs qui soit admise par l'article 504 pour les actes à titres onéreux. Quand l'acte, par sa teneur, même, démontre clairement la folie de son auteur,

point n'est besoin d'enquête, la disposition tombe aussitôt. La forme de l'acte peut servir de preuve de la folie, quand, au lieu d'une expression claire et simple, elle n'offre que des phrases sans suite, contradictoires ou incompréhensibles. Mais il ne faut pas se montrer sévère au point d'annuler *de plano*, un testament simplement bizarre, ou incompréhensible dans certaines de ses parties ; ce qui n'est pas dire non plus, qu'il ne faille, en dehors de la folie évidente, ne tenir aucun compte de la forme. La rédaction bizarre conserve son importance pour la nullité ; elle pourra servir de base à une présomption et viendra fortifier les autres preuves de la folie. Notamment lorsqu'on n'est pas d'accord sur le moment précis où l'accès a fait place à l'intervalle lucide, la clarté plus ou moins grande dans laquelle sont formulées les dispositions, rendra plus ou moins vraisemblable l'hypothèse de la maladie ou de la santé d'esprit lors de la rédaction.

Il faut toutefois se garder de voir dans un testament parfaitement régulier le preuve suffisante que le testateur était sain d'esprit. Un homme raisonnable ne fait pas d'actes d'où la raison soit absente, un insensé peut au contraire agir avec toutes les apparences de la raison ; et surtout, ce qui est beaucoup plus fréquent par suite du secret dans lequel se font les testaments, on n'a pas de garantie que l'acte sensé qui vous est représenté soit l'œuvre personnelle du *de cuius*.

Qui peut dire qu'un intéressé ne s'est pas introduit auprès du dément, pour lui faire copier et adopter des dispositions rédigées d'avance, et dans lesquelles toute l'œuvre du testateur se réduit au fait d'avoir copié machinalement? Ce testament ne sera pas d'un homme sensé, et cependant la forme en sera régulière. En résumé, un testament fait preuve par lui-même de la folie, il ne suffit pas à établir la santé d'esprit : il en sera quelquefois un indice, lorsque les autres preuves seront elles aussi, insuffisamment convaincantes.

II. — La preuve par témoins est admise pour constater la capacité de tester, même lorsqu'il n'y a pas de commencement de preuve par écrit, ou que l'intérêt en jeu est supérieur à 150 fr. Il est, en effet, dans ce cas, impossible de se procurer une preuve littérale, et l'article 1348 s'applique. Le projet de Code civil avait mis des obstacles à l'admission de la preuve testimoniale pour le cas de folie dans les testaments (1) : « La preuve par témoins de la démence du donateur non interdit n'est admise que lorsque l'interdiction a été provoquée du vivant du donateur, ou lorsque celui-ci n'ayant survécu que six mois à la donation, il existe un commencement de preuve par écrit, résultant soit de l'acte même, soit d'actes

(1) Fenet, t. II, p. 275.

extérieurs. » Ces dispositions n'ayant pas été adoptées, la preuve testimoniale est restée libre, et avec elle les présomptions de l'homme. On sera toujours admis, même en présence d'un testament raisonnable, qu'il soit olographe ou authentique, à demander l'enquête sur l'état d'esprit du testateur.

Une question particulière s'est présentée pour les testaments authentiques; dans presque tous, le notaire déclare que le testateur lui a paru sain d'esprit. Faudra-t-il, pour contredire cette assertion, avoir recours à la procédure de l'inscription de faux? Suffira-t-il au contraire d'établir d'une façon quelconque la démence du testateur? C'est à cette dernière opinion que se range la jurisprudence (1). Toutes les allégations contenues dans un acte authentique n'ont pas en effet la même valeur. Il en est que le notaire est spécialement chargé de vérifier et de constater; elles ont une importance considérable, puisque la loi a créé des agents spéciaux, dont la mission est de mettre hors de doute leur sincérité; à celles-là seules les notaires donnent le caractère d'authenticité qui exclut la preuve contraire. Mais à côté de ces énonciations, pour lesquelles la loi veut, à peine de nullité, la constatation officielle du notaire, il en est d'autres que ce dernier insère souvent à titre de renseignement. Comme il n'a pas reçu mission de les

(1) Bourges, 26 février 1855, D., 55, 2, 295.

constater officiellement, que sa compétence sur ces points qui sortent de son ressort, est discutable, il ne leur donnera pas l'authenticité; l'énonciation ne vaudra que ce qu'elle serait dans la bouche de tout autre, un simple renseignement, un témoignage auquel on peut en opposer un autre.

Par exemple, le notaire doit recueillir par écrit l'expression de la volonté du testateur, mentionner la date du jour où le testament est fait, constater que les formalités de dictée et de lecture ont été accomplies conformément à la loi (article 972). On ne sera donc pas admis, si ce n'est par inscription de faux, à faire la preuve que la date est fausse que les formalités dont l'acte constate l'accomplissement, n'ont pas eu lieu, ni que les dispositions écrites ne sont pas celles qu'on a dictées. Mais quand un notaire constate que quelqu'un est sain d'esprit, il sort de ses fonctions. Apprécier l'état mental d'un individu n'est pas de sa compétence, et une pareille affirmation dans sa bouche n'a pas plus d'importance que dans celle du premier venu. On lui opposera des témoignages contraires entre lesquelles le juge choisira. La jurisprudence donne d'ailleurs la même solution, quand le notaire interprète les signes d'un sourd-muet (1).

Cette facilité de contester l'assertion du notaire,

(1) Bordeaux, 29 décembre 1856, D., 1857, 2, 173.

faisait dire à Pothier que la clause de santé d'esprit était de pur style et d'aucune importance pratique. Elle n'est cependant pas aussi inutile que Pothier paraît le dire; si la constatation du notaire n'a pas plus de valeur qu'un simple témoignage, elle est du moins un témoignage, concommittant avec l'acte lui-même, et émanant d'une personne que sa profession rend digne de foi, si sa compétence est discutable. La folie a d'ailleurs des manifestations qui ne se laissent pas découvrir qu'aux seuls médecins; la plupart du temps, chacun peut les saisir, et un notaire appelé devant une personne évidemment atteinte d'aliénation mentale, doit refuser son ministère. Si l'état mental fait doute, le notaire se prêtera à la composition de l'acte, il s'abstiendra seulement de donner son avis sur la capacité du testateur; mais si ce dernier paraît sain d'esprit, le notaire le dira dans l'acte, et la clause deviendra ainsi une présomption en faveur du maintien du testament.

Aucune restriction n'étant apportée à la preuve de la démence du testateur, les juges pourront tenir compte de toutes les présomptions. Cependant, ils doivent se refuser à admettre les moyens appuyés sur des faits, dont la relation avec la folie est incertaine ou mal connue. Par exemple, on sait que des lésions au cerveau amènent des troubles dans l'état mental; mais on n'a jamais pu jusqu'ici établir, avec quelque vraisemblance, un rapport certain entre ces lésions et

les accidents qu'elles déterminent (1). On a même vu les facultés disparues, reparaître sous l'influence d'autres centres nerveux, et on s'est trouvé alors en présence de lésions du cerveau sans effet sur l'esprit.

Dans ces conditions, un demandeur qui voudrait prouver la folie du testateur par l'autopsie de son cerveau ne devrait pas être écouté, la science n'étant pas en état, même en face de troubles organiques évidents, d'établir une relation certaine entre l'état physique du cerveau et l'état mental du sujet avant sa mort.

§ III. — **Le demandeur en nullité doit articuler des faits précis de folie**

L'article 252 du Code de procédure dit que « les faits dont une partie demandera à faire preuve seront articulés succinctement. »

Sur ce point, une divergence d'opinion se produit : Quels sont, dans l'article 901, les faits dont la preuve est nécessaire et qu'il faille articuler ? Suivant les uns, le fait dont on demande à faire preuve, c'est la folie elle-même ; elle seule doit être articulée, et le deman-

(1) Tribunal civil de Belfort du 30 janvier 1862 (*Gazette des Tribunaux* du 13 février 1862), avec les consultations des docteurs Trousseau, Grisolle, Lassègue, etc.

deur apportera toutes les preuves qui lui paraîtront convaincantes pour démontrer la folie. — Suivant les autres et c'est l'avis de la jurisprudence actuelle, ce qui doit être articulé ce sont les manifestations de la folie; c'est des faits de folie qu'on demande à faire preuve; et de la réalité de ceux-ci résultera la capacité ou l'incapacité du testateur. L'article 493 C. c. exige d'ailleurs pour l'interdiction l'articulation de faits précis. — La solution de la jurisprudence moderne n'est pas favorable au demandeur; il doit, en effet, dès le commencement de l'instance, connaître les points sur lesquels il s'appuiera pour faire tomber le testament, au lieu de pouvoir profiter des hasards de l'enquête, et des nouveaux renseignements qui peuvent lui arriver. Cette raison a déterminé M. Laurent (1) à préférer la première opinion, qui offre à la succession légitime une chance plus grande de remplacer la succession testamentaire. Cet auteur rappelle, en outre, que la jurisprudence dans l'ancien droit n'exigeait pas l'articulation de faits précis de folie; l'allégation seule de la folie suffisait et la preuve s'en faisait au gré du demandeur, (2) sauf exception pour le cas de captation (3). D'après M. Laurent le fait

(1) *Principes*, t. XI, n° 139.

(2) Arrêt du parlement de Paris du 10 janvier 1696. — Arrêt du parlement de Provence du 11 décembre 1615, cités par Furgole, t. I, ch. IV, sect. II, n° 209.

(3) Ordonnance de 1667, titre 22, art. I. — Furgole, ch. V. sect. n° 49.

contesté c'est la folie, c'est elle qu'il s'agit de prouver, puisque c'est elle qui est cause d'incapacité. Les manifestations que vient mettre en lumière l'enquête, ne sont que les preuves de la folie; exiger leur articulation, c'est confondre le fait avec la preuve du fait. Si, dit-il encore, l'article 493 exige que dans la requête en interdiction on énumère des faits précis, c'est qu'il faut prouver, non-seulement la folie, mais encore son caractère habituel; et seule la connaissance des faits déraisonnables permet de connaître la nature et le caractère de la maladie.

La jurisprudence est néanmoins formelle pour exiger l'articulation de ces faits, même dans les questions de testament. C'est qu'une enquête n'a pour objet possible, qu'un fait simple, matériel, tombant sous le sens, et sur lequel puisse directement porter un témoignage; et la folie, prise en général, n'a aucun de ces caractères, ils appartiennent tous, au contraire, à ses manifestations. De plus, une action en nullité fondée sur la folie comporte deux points à trancher: 1° Tel acte est-il une manifestation de folie; 2° Le testateur a-t-il commis cet acte. — A la première question, les juges seuls doivent répondre, et conclure des actes déraisonnables à la folie. Le rôle des témoins est d'éclairer la deuxième question, et d'apporter, non pas la preuve de la folie par des moyens quelconques, mais la preuve des faits qui, d'après le demandeur, sont caractéristiques de la folie. Tout autre mode de

procéder aurait pour effet de rendre les enquêtes interminables. Le demandeur alléguant simplement la folie, présentera des témoins qui viendront rapporter un grand nombre de faits sans relation les uns avec les autres, et par cela même confus. Le magistrat chargé de l'enquête n'osera pas leur ôter la parole, de peur d'entraver justement l'argument important, et perdra son temps à écouter des inutilités. Les témoins donneront, en outre, des opinions et non des renseignements. — Par l'allégation des faits de folie, au contraire, le tribunal verra, avant d'ordonner une enquête, si celle-ci est susceptible d'un résultat quelconque. S'il estime que les faits allégués ne sont pas probants, inutile de faire la preuve de leur réalité, la demande est repoussée *de plano* ; la peine et le temps des magistrats sont épargnés. On ne donnera suite qu'aux demandes appuyées sur des indices de folie assez sérieux pour faire tomber le testament, au cas où la réalité des faits serait constatée. L'enquête enfin se poursuivra avec méthode, puisqu'elle aura un but, un fait matériel à mettre en lumière, et le juge arrêtera immédiatement le témoin qui s'égèrerait dans des détails étrangers au point en discussion. La jurisprudence fait donc une juste appréciation de l'art. 252, C. pr. ne exigeant l'articulation de manifestations précises de la folie, car celle-ci se trouve prouvée dès que la réalité des faits reconnus probants est établie.

Quel est l'effet sur les dispositions gratuites, de

la folie prouvée ? — La folie prouvée fait tomber toutes les dispositions sur lesquelles son influence s'est fait sentir, mais elle ne fait tomber que celles-là ; d'une part donc, dans un testament contenant plusieurs legs, si un seul a été fait sous l'influence de la démence, lui seul tombera, et l'acte sera maintenu pour tout ce qu'il contient au-delà (1). D'autre part, une même disposition peut être raisonnable pour partie, et résulter pour l'excédent d'une altération des facultés mentales; c'est-à-dire, qu'avoir fait la disposition est d'un homme raisonnable, mais que l'avoir faite si considérable est d'un fou. On serait tenté, entraîné par l'exemple précédent, de faire la part de ce qui revient à la folie et de ce qui revient à la raison, en ramenant le legs ou la donation à des proportions raisonnables (2). Mais nous ne sommes pas ici dans une question d'indisponibilité; le testateur n'a pas légué plus qu'il n'avait droit de faire, il a manqué seulement d'une connaissance suffisamment éclairée de ce qu'il faisait. C'est une question d'incapacité, or, la sanction de l'incapacité c'est la nullité et non la réduction. La disposition, où la folie ne s'est fait sentir que dans l'exagération, tombera donc pour le tout (3). Une réduction aurait d'ailleurs pour effet, de substituer l'arbitraire du juge à la volonté du testateur; le juge, non-seulement appré-

(1) Cass., 17 juillet 1871, D., 1872, 1, 37.

(2) C'était le système de l'ancienne jurisprudence, arrêt du 23 mars 1694, 29^e plaidoyer de d'Aguesseau, t. III.

(3) Cass., 22 janvier 1810, Sirey 1810, 1, 107.

cierait jusqu'à quel point la disposition était raisonnable, mais encore il disposerait lui-même; réduire une disposition arbitrairement, n'est-ce pas en effet faire une autre disposition.

Un arrêt du 13 août 1844 (1), nous montre, cependant hors de la réserve, un legs réduit et non annulé. Mais l'article 901 et la capacité du testateur ne sont pas en jeu. Il s'agit, dans cet arrêt, d'une incapacité *de recevoir*. Un chirurgien a reçu à titre rémunératoire, un legs important, d'un individu qu'il a soigné dans sa dernière maladie. La Cour d'Orléans, en vertu de l'article 909, avait annulé le legs, et condamné les héritiers à payer une certaine somme comme honoraires. Mais la Cour de cassation faisant une distinction entre les honoraires, qui ne représentent que les services rendus, et ne sont que l'acquittement d'une dette par laquelle le médecin a une action en justice, et le legs rémunératoire qui acquitte la dette de reconnaissance, cassa l'arrêt de la Cour d'Orléans. Elle décida qu'il n'y avait pas lieu d'annuler le legs, mais simplement de le ramener aux proportions réelles d'un legs rémunératoire.

Le cas est bien différent quand il s'agit de la capacité *de disposer*. Le testament et la donation sont œuvres personnelles, et quand le juge estime, que selon la loi, il y a lieu de ne pas tenir compte de la volonté exprimée, ce n'est pas sa propre volonté, mais celle de la loi seule, qu'il doit mettre à la place.

(1) Sirey, 1844, I, 710.

CHAPITRE VI

Interdiction judiciaire. — Ses effets sur la capacité de disposer.

§ 1. — L'interdit judiciairement peut-il tester ?

Après avoir essayé d'établir les règles, qui résultent pour la capacité de disposer à titre gratuit de l'article 901, nous devons examiner les modifications qu'apporte à cet article l'état d'interdiction.

L'individu habituellement fou, qu'il soit ou non susceptible de retour à la raison, perd par l'interdiction l'administration de son patrimoine. On lui donne un tuteur, et tous les actes qu'il fait contrairement au jugement d'interdiction, sont nuls de plein droit (art. 502), sans qu'il y ait à distinguer s'il était ou non sain d'esprit. C'est une présomption de la loi, qu'un interdit est en même temps un incapable. Nous avons vu que, lorsque l'interdiction n'est pas prononcée, celui-là même dont la folie est habituelle, peut, dans un

intervalle lucide valablement disposer à titre gratuit. Y aura-t-il changement dans la capacité, et quel sera ce changement, après le jugement d'interdiction ? Il s'est formé trois avis :

1° L'interdiction entraîne une incapacité totale de faire n'importe quel acte juridique ; par conséquent l'interdit ne pourra ni tester ni donner ;

2° Il pourra tester, mais non donner ;

3° Il pourra tester et donner.

PREMIÈRE OPINION. — La première opinion s'appuie sur les termes généraux de l'article 502 : « tous actes passés par l'interdit sont nuls de droit. » En conséquence, après le jugement d'interdiction, toute capacité juridique est perdue ; il n'y a d'exception pour aucun acte, la loi les prohibe tous. L'interdiction suppose, en effet, que celui qui la subit se trouve en un état constant de folie ; qu'il ne peut donner son adhésion à rien, ni témoigner sa volonté ; en sorte que tous les actes passés par l'interdit sont sans valeur au même titre que ceux faits par un homme réellement en état de démence. Qu'il s'agisse d'un acte de gestion du patrimoine, d'un testament ou d'un mariage, peu importe ; quelle que soit la nature de l'acte, celui-ci, pour être valable, ne saurait se passer d'un consentement. Or, l'interdiction suppose que ce consentement fait toujours défaut. Les intervalles lucides étant possibles, le consentement aura quelquefois lieu, mais on n'en tiendra pas compte.

C'est d'ailleurs contre les intervalles lucides, qu'est dirigée l'interdiction ; s'ils n'existaient pas, les actes que commettrait le dément seraient toujours nuls. C'est parce qu'ils existent, et qu'on peut dire qu'un acte a été fait dans un de ces moments, que l'interdiction a été inventée. Elle évite de faire une preuve toujours très difficile, et est une garantie contre la validation d'actes, faits sous l'empire d'une folie, qu'on n'aurait pas pu prouver.

Cette présomption de folie pendant l'interdiction disent encore les partisans de cette première opinion, n'admet pas la preuve contraire. La loi ne dit pas « tous actes passés par un insensé », mais bien, « tous actes passés par l'interdit sont nuls de droits ». Vouloir contester cette nullité sous prétexte d'intervalle lucide, c'est aller à l'encontre du texte de la loi. D'ailleurs personne ne propose cette solution pour les actes à titre onéreux ; on est d'accord pour empêcher l'interdit même sain d'esprit, de vendre, de donner quittance, parce qu'il est très difficile de faire dans ces actes la part de ce qui est santé d'esprit ou aliénation. On veut mettre l'interdit à l'abri des conséquences funestes de sa folie, et on n'appliquerait pas les règles de l'interdiction aux dispositions à titre gratuit ! Mais c'est contre elles surtout qu'il faut une protection. N'ayant pas de contre-partie comme les contrats à titre onéreux, elles constituent une perte sèche pour

le patrimoine de l'interdit, et sont par conséquent plus dangereuses que tous les autres actes.

Quelle serait d'ailleurs la situation d'un tuteur qui, chargé judiciairement de l'administration de certains biens, verrait cette administration lui échapper, parce que son pupille aurait disposé de toute sa fortune par donation ? Ce serait ôter à l'interdiction toute son efficacité. Et à ce point de vue il n'y a pas lieu de distinguer, entre la donation et le testament. Le testament est aussi dangereux que la donation, il enlève à toute une famille, les droits que lui donnait la loi sur le patrimoine de l'interdit. Permettre à l'interdit de tester, c'est abandonner ces droits de la famille à la chance d'un procès, où les difficultés de preuves feront valider un testament, peut-être rédigé sous l'empire de la folie. L'annulation a au contraire cet avantage, disent les auteurs partisans de ce système, qu'elle substitue à un acte arbitraire, d'où la raison a de grandes chances d'avoir été absente, un ordre de succession établi par la loi d'après l'ordre des affections naturelles. Les partisans de la capacité ont beau dire, « nous admettons l'interdiction comme faisant présumer la folie, et nous obligeons par suite, celui qui invoque l'intervalle lucide à en faire la preuve le premier », ils ne doivent pas encore être écoutés : 1° parce que la présomption de folie résultant de l'interdiction n'admet pas la preuve contraire ; 2° parce que si l'on ne tient pas compte de l'interdiction, l'article 901 se

trouve seul applicable, et qu'il laisse tout le fardeau de la preuve au demandeur (1).

Il y a, dit Merlin (2), contradiction à faire rentrer les dispositions à titre gratuit dans l'article 502 et à ne pas les faire rentrer dans les articles 503 et 504, dont les termes sont tout aussi généraux. Mais, répondent nos auteurs, l'article 502 pose le droit commun en matière d'interdiction. « Tous actes passés par l'interdit sont nuls. » Aucun article ne vient faire exception à ce principe et pour aucun acte. Pourquoi distinguerait-on, quand la loi n'a pas distingué? La situation n'est plus la même pour les articles 503 et 504. Le premier dit que les actes antérieurs à l'interdiction pourront être annulés, si la cause de l'interdiction existait notoirement à cette époque; mais ce n'est plus ici une règle d'incapacité générale, l'article 503 ne vise que quelques actes pris individuellement, seulement ceux dont on demandera l'annulation. De plus cette annulation *pourra* être prononcée, il n'y aura pas nullité de droit comme dans le cas de l'article 502. En outre, s'il s'agit d'un testament, on se conformera à la règle spéciale aux dispositions à titre gratuit, à l'article 901, qui s'applique dans tous les cas où la capacité juridique n'a pas subi d'atteinte. L'article 503 n'a pas besoin d'être appliqué aux testaments.

(1) Laurent, t. XI, n° 108 *bis*.

(2) Répertoire: *Testament*, sect. I, § 1, art. 1. n° 6.

Il n'a été créé que pour favoriser la nullité des actes à titre onéreux ; celle des actes à titre gratuit pouvant être obtenue en dehors de l'interdiction par l'article 901.

L'article 504 dit, qu'après la mort d'un interdit, ses actes ne pourront être annulés pour cause de démence, que si l'interdiction a été demandée de son vivant. Mais cet article, dont le but est d'inciter à faire interdire les incapables, et le résultat, de maintenir en vigueur les actes du défunt, a un caractère général, et ne saurait par conséquent pas faire échec aux dispositions contraires de l'article 901, spécial à un genre d'actes. Exiger particulièrement que pour tester et donner, on soit sain d'esprit, n'est-ce pas déclarer qu'on peut toujours et dans toute circonstance attaquer pour cause de démence une donation ou un testament. Les travaux préparatoires ont d'ailleurs écarté l'application de l'article 504 aux dispositions gratuites (1). Ainsi donc il n'y a aucune contradiction à prétendre que le testament rentre dans l'article 502, et ne rentre pas dans les articles 503 et 504 (2).

On a encore objecté contre la portée absolue du mot « tous actes », dans l'article 502, que cette expression vise aussi bien le prodigue qui a un conseil judiciaire

(1) Locré, p. 219, t. V.

(2) Laurent, t. 11, n° 108.

que l'interdit; et bien certainement le prodigue peut faire seul certains actes, par exemple, tester. Cet argument prouve, en effet, que le mot « tous actes » n'a pas une portée absolue, quand il s'applique à l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, mais il est sans importance pour l'interdit. Les incapacités du prodigue et du faible d'esprit sont en effet limitativement énoncées dans les articles 499 et 513, et quand l'article 502 dit « tous actes passés sans l'assistance du conseil sont nuls », il n'entend évidemment que tous les actes pour lesquels les articles 499 et 513 exigent l'assistance du conseil. Quant à l'interdit, aucun article ne détermine les actes défendus, il faut donc prendre pour lui l'article 502 au pied de la lettre. L'article 509 dit bien « les règles de la tutelle des mineurs s'appliqueront à celle des interdits; » mais comme les articles qui traitent du testament des mineurs sont exceptionnels, qu'ils ne permettent en aucune façon l'extension de la^a demi-capacité des mineurs aux interdits; on devra considérer ceux-ci comme des mineurs de moins de seize ans.

Tels sont les arguments invoqués par MM. Duranton, Toullier, Marcadé et Laurent, pour établir que l'interdit judiciairement ne peut pas tester, et que l'interdiction s'étend à tous les actes de la vie civile. M. Laurent accepterait pourtant qu'on restreignit l'incapacité à tout ce qui a un intérêt pécuniaire, et qu'on laissât l'interdit exercer, pendant les intervalles

lucides, ses droits de famille, se marier, adopter, reconnaître un enfant naturel. Cette concession repose sur une illusion, car l'exercice de ces droits cause de très graves conséquences pécuniaires; et il n'y aurait pas un danger plus grand pour la famille à voir l'interdit tester, qu'à le voir adopter ou se marier.

§ II. — Deuxième opinion. L'interdit judiciairement peut tester.

II. — Nous suivrons, de préférence, la théorie qui laisse en dehors de l'interdiction tous les actes à titre gratuit, et qui prétend que ceux-ci ne doivent relever que de l'article 901. Qu'on soit interdit ou non, c'est la capacité réelle au moment de la rédaction, qui fait que les donations ou les testaments sont valables ou nuls. M. Demolombe, qui soutient cette théorie, reconnaît cependant comme effet à l'interdiction, d'établir une présomption d'insanité d'esprit, en vertu de laquelle le demandeur serait dispensé de prouver la folie (1), et n'aurait qu'à répondre au défendeur, alléguant l'intervalle lucide.

Nous ne ferons même pas cette concession; nous avons pris soin d'établir une distinction tranchée entre l'article 901 et l'interdiction, nous avons montré qu'ils n'avaient ni même cause, ni même objet, ni même

(1) T. 8, n° 646.

effet; que les preuves à faire n'étaient pas les mêmes, et que le jugement, intervenu sur la demande en interdiction, n'avait point force de chose jugée en ce qui concernait les demandes en nullité, pour démence, des donations et des testaments. Si donc, le rejet de l'interdiction n'empêche pas de faire preuve de la folie au moment de l'acte; pourquoi son admission qui s'appuie sur une folie, non pas permanente, mais seulement habituelle, ferait-elle preuve de la folie au moment de la rédaction d'un acte qui n'a pas été en cause dans l'instance ? N'avons-nous pas dit plus haut que la preuve de la folie habituelle (article 503) ne s'appliquait pas dans les hypothèses qui relèvent de l'article 901 ? Ce point mis à part, nous devons reconnaître que le demandeur a un immense avantage; la déclaration d'interdiction devant impressionner l'esprit des juges et les rendre plus faciles sur l'admission des preuves de la folie.

A l'objection tirée du caractère de présomption légale de l'interdiction, nous répondrons en distinguant les droits dont l'exercice passe aux tuteurs, comme l'administration du patrimoine, et ceux dont l'exercice ne peut pas être séparé de la jouissance. Pour les premiers, nous admettons que la preuve de l'intervalle lucide ne peut pas être faite, et que les actes à titre onéreux passés par l'interdit sont nuls, quand bien-même ils n'ont pas été faits en état de démence. La loi, en effet, a chargé quelqu'un

de les passer pour l'interdit, et celui-ci n'a pas à souffrir de la privation d'exercice de ses droits, car la jouissance lui reste. Mais pour les seconds, c'est-à-dire les droits de famille et les droits de disposer gratuitement, personne ne peut suppléer l'interdit, et les exercer à sa place ; la jouissance est inséparable de l'exercice et comme le tuteur ne peut pas jouir des droits de son pupille, c'est l'interdit qui en restera titulaire. L'article 502 ne s'appliquera donc pas. La folie, il est vrai, rend impossible l'exercice d'un droit quel qu'il soit ; tout le temps que durera l'accès, le dément sera donc privé de l'exercice et de la jouissance. Se voir privé de la jouissance de ses droits est une chose cruelle, qu'en dehors d'une condamnation pénale, la force des choses seule a le droit d'imposer ; et aussitôt l'obstacle disparu, cette jouissance doit renaître. Il serait tout à fait contraire à la justice et à la raison, que la loi refusât à l'interdit en état de santé d'esprit, l'exercice et par suite la jouissance de droits que personne ne peut exercer à sa place. La difficulté de déterminer s'il a agi ou non dans un moment de capacité, regarde les héritiers intéressés ; il ne faut pas en faire un motif, pour empêcher l'interdit de jouir de ses droits, même lorsqu'il est certain qu'il les a exercés, ayant toute sa raison.

Cette doctrine est conforme : en premier lieu au droit romain ; le *furiosus* peut tester dans un inter-

valle lucide (1) ; en second lieu, à notre droit ancien, presque tous les auteurs, Lamoignon, d'Aguesseau, Furgole, Ricard permettent à l'interdit de tester dans un intervalle lucide, très peu le lui refusent (Ancien Denizart). Rien n'indique dans le code, que ses rédacteurs aient voulu changer la tradition ; et même la controverse rapportée plus haut, au sujet de la rédaction primitive de l'article 901, semble établir que dans leur esprit, les dispositions à titre gratuit, devaient complètement échapper aux règles de l'interdiction.

Nous ajoutons encore qu'il serait cruel et injuste de leur appliquer ces règles. Un interdit n'est pas toujours en état de démence, il a des intervalles lucides, et pendant ces intervalles il jouit de toutes ses facultés. L'intervalle lucide n'est pas une lueur douteuse c'est la raison revenue tout entière ; pourquoi donc maintenir en état de complète incapacité, l'individu qui possède ainsi toute sa raison. L'interdiction est favorable au dément, elle fait que pendant les accès, son patrimoine, au lieu de rester à l'abandon est sagement administré ; ses affaires ne sont pas en souffrance, ses revenus sont touchés et employés à son usage, et au rétablissement de sa santé ; mais il ne faut pas retourner contre lui cette institution. Elle le protège contre les effets de la maladie, et quand la maladie cesse, la protection doit cesser

(1) Inst., § 1, II, 22. — L. 6, C. de curat. fur.

avec elle sous peine de devenir tyrannie. Pourtant, l'administration du tuteur n'est pas interrompue dans l'intervalle lucide ; le tuteur continue à gérer, et sa signature est toujours nécessaire pour obliger ou dégager le patrimoine de l'interdit.

Si la loi ne rend pas à ce dernier, dans l'intervalle lucide, l'administration de ces biens, c'est qu'elle estime qu'une administration, pour avoir de bons effets, doit être continue ; qu'il lui faut une unité de direction, et que, lui faire suivre toutes les phases de la maladie, comme en droit romain, ne donnerait pas de bons résultats.

Cet inconvénient, de maintenir au tuteur ses pouvoirs, est d'ailleurs bien minime. Qu'importe que ce soit le tuteur ou l'interdit qui administre, pourvu qu'on administre ? Les biens ne dépérissent pas et le propriétaire jouit des revenus de sa fortune.

Combien est différente l'incapacité, appliquée aux droits, dont l'exercice ne peut pas être confié au tuteur ? Si le titulaire ne peut pas exercer le droit de se marier, de donner, de tester, ces droits sont perdus pour lui. Il faut, en conséquence, que la loi ne mette d'obstacle à l'exercice de pareils droits, que lorsque cela sera absolument indispensable, par exemple, quand l'état physique ou moral rend incapable de donner un consentement sérieux. Enlever à l'interdit, pendant l'intervalle lucide, l'exercice des droits attachés à la personne, c'est le frapper d'une peine, et

d'une peine injuste ; d'une peine, puisqu'on lui interdit l'exercice et la jouissance d'un droit, que physiquement et moralement il est capable d'exercer ; d'une peine injuste, car la mesure est inutile. Cette suppression de droit n'est en effet contrebalancée par aucun avantage ; elle ne protège pas l'interdit contre la folie, puisque dans l'intervalle lucide il n'y a pas de folie ; quant à protéger les droits de la famille sur le patrimoine de l'interdit, on ne peut pas voir là un avantage, puisque c'est empêcher l'interdit de récompenser les soins qu'il a reçus. — Nos adversaires nous reprochent de laisser ce dernier sans protection, en face des actes les plus dangereux, les aliénations gratuites : mais un individu sain d'esprit n'a pas besoin d'être protégé, et ce n'est que pour ceux-là que nous parlons, puisque nous nous en tenons aux actes faits dans les intervalles lucides.

Enfin l'examen même du texte de la loi va nous montrer que la faculté de tester, comme tous les droits attachés à la personne, échappent à l'application de l'article 502. Nos adversaires s'appuient sur le caractère absolu des termes de cet article : « Tous actes passés postérieurement au jugement d'interdiction sont nuls de droit. » Mais cet article n'est pas aussi absolu qu'il le paraît ; il ne résume pas à lui seul toute l'interdiction ; son domaine se trouve au contraire déterminé par les autres règles sur la tutelle des interdits. Pour ces règles, l'article 509 renvoie aux lois sur la tutelle des

mineurs ; c'est donc au titre de la minorité qu'il faut se reporter pour connaître exactement la portée de notre article 502. L'article 450 nous dit quels sont les pouvoirs du tuteur : « Le tuteur prendra soin de la personne du mineur, et le représentera dans tous les actes civils. » *Tous les actes*, cela semble aussi n'admettre aucune exception ; et cependant, il faut bien en faire. Il y a des actes pour lesquels jamais le tuteur ne représentera son pupille, ce sont ceux où la représentation n'est pas admise, comme le droit de disposer entre vifs ou par testament, de se marier, etc. La loi ne donne pas au tuteur l'exercice de tels droits ; ils restent donc, l'incapacité étant de droit étroit, dans la main des pupilles, qui pourront les exercer eux-mêmes. Il n'y a pas, en effet, pour ces droits, d'autre mode de jouissance que l'exercice par le titulaire.

Cependant la loi peut avoir à prendre des mesures de précaution contre l'inexpérience ou l'insuffisance de raison du titulaire du droit. Ces mesures elles les prend dans les chapitres qui traitent de ces droits spéciaux.

C'est ainsi qu'au titre du mariage, la capacité se trouve réglementée, et qu'elle est limitée par les conditions d'âge et d'autorisation ; qu'au chapitre des testaments on admet le testament des mineurs avec une limite pour l'âge et la quotité disponible ; que la jurisprudence enfin valide les reconnaissances d'enfant naturel faites par un mineur, au même titre que celles

faites par un majeur (1), parce que la loi n'a apporté aucune réglementation sur ce point spécial. Si donc la loi croit bon d'enlever aux mineurs la capacité de faire certains actes ou de réduire leur capacité, c'est que l'incapacité générale de l'article 450 ne s'applique qu'aux actes que le tuteur doit faire pour le mineur, et qu'elle laisse intact le droit de faire tous ceux où la représentation est impossible. Quand l'article 502 déclare nuls tous les actes passés par l'interdit postérieurement au jugement d'interdiction, on doit conclure pareillement, qu'il n'entend parler que de ceux auxquels l'interdiction s'applique et que le tuteur peut faire pour l'interdit. De plus, comme ni au titre du mariage, ni à celui des donations entre vifs et des testaments, le Code ne parle, en quelque façon que ce soit, de la capacité des interdits, qu'il ne la restreint pas comme celle des mineurs, nous dirons que leur capacité pour tout ce qui regarde les droits attachés à la personne, doit rester absolument indemne des atteintes de l'interdiction.

L'empire du fait doit seul la régir : Il faut être sain d'esprit pour disposer entre vifs ou par testament, c'est la condition suffisante et nécessaire de validité

(1) Cass., 4 novembre 1835, Sirey, 1835, 1, 785. — Douai, 17 mars 1840, Sirey, 1840, 2, 255. — Orléans, 16 janvier 1847, Sirey, 1847, 2, 17. Cependant un jugement du tribunal civil de la Seine a déclaré nulle, une reconnaissance d'enfant naturel, faite par un interdit ; Trib. de la Seine, 24 mars 1841. *Gazette des tribunaux*, 25 mars 1841.

des testaments, pour les interdits comme pour les non-interdits. L'interdit étant sain d'esprit pendant les intervalles lucides, fera donc un testament valable pendant ces intervalles (1).

L'INTERDIT JUDICIAIREMENT PEUT-IL FAIRE UNE DONATION

L'interdit peut tester, pourra-t-il également donner entre vifs ? Ceux qui lui refusent la capacité de tester, lui refusent à plus forte raison celle de donner. Mais parmi les auteurs qui lui reconnaissent le droit de faire un testament, il en est qui n'admettent pas la donation. Coin-Delisle et Demolombe dans ses deux premières éditions, faisaient une distinction entre ces deux capacités : Le testament a d'abord un caractère d'utilité bien plus marqué que la donation. Personne n'est indifférent à ce qu'il adviendra de son patrimoine après lui, et il peut être d'une très grande importance pour un individu, d'exclure de sa succession un parent indigne que la loi appellerait, et d'appeler à sa place un parent plus éloigné ou un étranger.

(1) Demolombe, t. 8, n° 639 et suiv.; t. 18, n° 371. — Valette. *Explic. sommaire du livre I du C. Nap.*, p. 363. — Merlin, *Interdiction*, § 6, n° 6. — L'article 701 du code civil italien dit expressément « sont incapables de tester, les interdits, à moins qu'il ne soit prouvé qu'ils étaient sains d'esprit à l'époque du testament, »

Le même individu n'a pas au contraire, un avantage appréciable à se servir de la donation, dont les effets immédiats et irrévocables sont dangereux pour lui, le testament lui suffit pour rester le maître des destinées de sa famille.

La donation n'offre qu'un avantage sur le testament, c'est quand il s'agit d'établir un enfant, mais ce cas, le seul important, est prévu par le code. L'article 511 nous dit de quelle façon seront dotés les enfants de l'interdit. La dot, l'avancement d'hoirie ou les conventions matrimoniales seront réglées par un avis du conseil de famille, homologué par le tribunal, sur les conclusions du procureur de la République.

Le testament est moins dangereux que la donation ; il est toujours révocable, et ses effets ne se produisent qu'après le décès du testateur. Au contraire, la donation est immédiate et irrévocable. Des effets immédiats de la donation naît un troisième argument en faveur de l'incapacité : l'interdit judiciaire pendant les intervalles lucides n'a pas l'administration de son patrimoine, le tuteur garde ses pouvoirs et un jugement seul peut les lui enlever pour les rendre à l'interdit ; si donc ce dernier conserve le droit de disposer entre vifs, il pourra tourner la loi, sinon en reprenant lui-même l'administration, du moins en l'enlevant au tuteur par une donation. Le droit immédiatement ouvert du donataire se trouve, en effet, en opposition avec les pouvoirs du tuteur,

qui sera ainsi obligé par un acte de l'interdit d'abandonner l'administration que la loi lui a confiée.

Si on reproche à ces auteurs d'admettre le mariage et de ne pas admettre les dispositions pour cause de mariage, ce qui viole la règle *habilis ad nuptias, habilis ad facta nuptialia*, ils répondent qu'on peut ici appliquer l'article 511 et faire intervenir le conseil de famille comme dans le mariage du fils de l'interdit, pour régler les conventions matrimoniales (1).

Ce système mixte a comme inconvénient de donner deux solutions différentes pour des matières qui se trouvent soumises à une règle unique. Il introduit l'interdiction dans l'article 901, et affaiblit ainsi la thèse qui met le testament tout à fait en dehors de l'interdiction. Tout ce que nous avons dit plus haut du testament s'applique à la donation ; 1° c'est une peine au même degré de défendre à un homme sain d'esprit de disposer entre vifs, que de l'empêcher de tester ; 2° la donation n'est pas plus que le testament susceptible de représentation. C'est un acte que le tuteur ne peut pas faire pour l'interdit, l'interdiction ne s'y appliquera donc pas ; pour donner comme pour tester il faut et il suffit qu'on soit sain d'esprit ; 3° on n'a pas à s'occuper du fait que le tuteur perd l'administration des biens donnés, car lui-même n'a aucun droit à conserver cette administration.

(1) Demolombe, t. 8, n° 648.

Comme l'acte, de plus, sera public, il sera facile au moment même de sa confection, de constater la santé d'esprit de l'interdit; s'il est fou on ne fera pas l'acte, s'il ne l'est pas, il serait arbitraire de la part du tuteur d'en empêcher l'exécution.

M. Demolombe (1), dans sa troisième édition, a laissé de côté son premier système, pour admettre la capacité de l'interdit de faire une donation. Il y a été poussé par deux considérations: 1° L'article 901 parle aussi bien de la donation que du testament, 2° défendre la donation c'est mettre l'interdit qui peut tester, dans l'impossibilité de faire un partage d'ascendant.

§ III. — Du testament des prodigues et des faibles d'esprit

Les anciens jurisconsultes disaient que la prodigalité était une folie quant aux biens (2) L'article 499 décide que les juges pourront nommer un conseil judiciaire à celui dont on demande l'interdiction, si les circonstances ne sont pas assez graves pour prononcer cette dernière mesure; et l'article 513, qu'il peut être défendu au prodigue de plaider, aliéner etc., sans l'assistance d'un conseil. Ces différentes décisions,

(1) T. 8, n° 648 *bis*.

(2) L. 12, § 2. — 26, 5, rescrit d'Antoine le Pieux.

laissent mettre en doute l'état de santé d'esprit des individus pourvus d'un conseil judiciaire.

Si les tribunaux ont été obligés de restreindre leur capacité civile, c'est que la raison ou la volonté étaient trop faibles chez eux ; d'ou, l'on pourrait conclure, que tous ceux qui ont été atteints d'une pareille mesure ne sont pas sains d'esprit, comme l'article 901 exige qu'on le soit pour tester. Mais encore dans ce cas, nous n'admettons pas de présomption légale d'incapacité. Nous l'avons repoussé quand il s'agissait d'une mesure générale comme l'interdiction, à plus forte raison le ferons nous, quand il ne s'agit que d'une incapacité spéciale. Il se peut que les causes qui ont fait provoquer la nomination d'un conseil, soient aussi de nature à faire tomber un testament, mais il se peut aussi que cela n'ait pas lieu.

La dation de conseil n'entraîne pas *de plano*, nullité de cet acte, elle ne dispense pas de faire preuve de l'insanité d'esprit ; en somme elle laisse les choses en l'état où elles seraient s'il n'était pas intervenu de jugement.

Les articles 499 et 513 énumèrent les actes interdits au prodigue agissant seul ; ils ne font pas mention du testament, mais seulement des aliénations, et tester n'est pas aliéner. On aliène, lorsqu'on se dépouille soi-même irrévocablement ; un testament est toujours révocable, et ne dépouille, ni le testateur, car l'acte n'a d'effet qu'après sa mort, ni l'héritier

légitime, car celui-ci n'a aucun droit acquis à la succession. Les motifs d'ailleurs, qui donnent lieu à la nomination d'un conseil pour assister un majeur qui transige, plaide ou aliène, n'existent qu'à un moindre degré quand il s'agit du testament. La loi veut qu'on prenne malgré elles, l'intérêt des personnes qui ne savent pas se défendre ; elle n'admet pas qu'on puisse faire légèrement, et pour ainsi dire inconsciemment un acte qui a pour effet de diminuer le patrimoine et sur lequel on ne peut pas revenir. Au moindre regret on peut révoquer le testament, et comme il n'est qu'une promesse, sans profit immédiat, ni sécurité, il offrira moins d'appât aux gens avides, que la donation ouverte, ou dissimulée sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux.

On peut cependant objecter, que si le testament n'est pas un acte pernicieux pour le testateur, il a des effets déplorables pour la famille : que le faible d'esprit est plus que tout autre exposé aux manœuvres de la captation ; et que, si la personne même du testateur n'a pas à être protégée, sa famille a du moins droit de l'être, car un testament capté n'est l'œuvre d'une volonté intelligente et libre. A cela, nous répondrons que la dation du conseil est tout à fait insuffisante comme mesure de précaution contre les testaments. Le testament n'est pas susceptible de tirer une valeur quelconque de la volonté d'un étranger ; or, c'est ce qui se produirait, si on soumettait

le testament à l'approbation d'un conseil judiciaire. Dira-t-on que le testament du prodigue ou du faible d'esprit sera toujours nul? Mais alors nous retombons dans une situation analogue à celle de l'interdit qui a des intervalles lucides, et auquel on refuse la capacité de tester. On laisserait la jouissance des actes à titre onéreux, parce que la loi dit expressément que le prodigue peut aliéner avec l'assistance de son conseil; mais quant aux droits attachés à la personne ils seraient perdus pour lui.

Or, nous avons vu, au chapitre de l'interdiction, que la privation de jouissance d'un droit est une peine, quand cette privation ne répond à aucune incapacité de fait. Le prodigue, ni le faible d'esprit ne sont des fous, l'article 901 ne les atteint pas. Ils sont peut-être plus que d'autres, sujets à être victimes de suggestions et de captations; mais il n'y a pas lieu de les déclarer incapables de tester, ni de mettre absolument de côté toute manifestation de leur volonté, quand le dol ne se laisse pas apercevoir dans leurs dispositions. Un prodigue peut-être aussi sain d'esprit ou aussi intelligent qu'aucun autre, lorsqu'il n'agit pas sous l'empire de ses passions, ou d'après des demandes réitérées auxquelles il lui est impossible de résister, On devra donc distinguer en deux classes les testaments de ces individus : tous ceux faits librement seront validés; tous ceux où la faiblesse de volonté se sera fait sen-

tir, où l'on reconnaîtra les traces de la passion ou de l'influence étrangère, devront être annulés; et cela, non pas en tant que leur auteur a été pourvu d'un conseil judiciaire, mais en tant qu'il n'a pas été sain d'esprit. La dation de conseil ne fait rien présumer de l'état dans lequel on a rédigé un acte. La santé d'esprit, comme l'insanité, sont également possibles, c'est une question de fait à trancher et la preuve en reste au demandeur (1).

Enfin un dernier argument peut-être tiré des travaux préparatoires. L'orateur, chargé de présenter au Corps législatif le chapitre de l'interdiction, s'exprime ainsi sur l'article 499 : « Ceux auxquels on donne un conseil ne sont pas incapables des actes de la vie civile. Ils ne peuvent s'obliger, en contractant dans les cas prévus, sans l'assistance de leur conseil ; mais, en général, ils sont habiles à contracter, ils peuvent se marier, ils peuvent faire un testament... (2). »

A Rome, les prodiges interdits ne pouvaient pas tester, et non seulement *per æs et libram*, mais encore dans aucune forme et à aucune époque ; c'était là un point formellement tranché par toutes les lois romaines sur la question (3). Cette incapacité pouvait s'expliquer d'ailleurs par la forme originaire du testament *per æs et libram*. Quand le rôle de *familiæ*

(1) D., 1870, 2, 221. Paris, 24 avril 1869.

(2) Fenet, t. X, p. 711.

(3) Inst. II, 12, § 2. — L. 12, § 2. D., 26, 5.

emptor était tenu par l'héritier, le testateur aliénait véritablement ; le prodigue, auquel l'aliénation était interdite, n'avait pas le droit de tester. On peut supposer que cette incapacité a survécu à la forme de testament qui lui a donné naissance, et qu'elle s'est maintenue à Rome par la force de la tradition. M. Laurent regrette qu'il n'en soit pas de même aujourd'hui ; pour lui, il est inconcevable qu'un individu, dont la faiblesse d'esprit est judiciairement constatée, puisse écarter les dispositions de la loi pour mettre son œuvre à la place. Notre argumentation précédente répond à ce désir de réforme, car ce n'est là en vérité, qu'un point de législation ; en droit, la loi est formelle dans le sens de validation, puisqu'elle détermine limitativement les actes que ne peut pas faire seul le prodigue et qu'elle passe sous silence le testament.

En ce qui concerne les donations nous n'aurons pas la même solution pour les prodiges que pour les interdits. A ceux-ci nous reconnaissons le libre droit de disposer entre vifs dans les intervalles lucides ; aux prodiges nous leur interdirons de faire seuls une donation. Toute disposition entre vifs rentre, en effet, dans le terme aliéner, qui est inscrit aux articles 499 et 513, et c'est surtout contre la donation qu'est dirigée l'institution du conseil judiciaire. Cette incapacité n'aura jamais de grands inconvénients, puisque la donation n'est pas absolument interdite, mais seulement soumise à l'approbation du conseil. Les dona-

tions pour l'établissement des enfants, les partages d'ascendants, et tous les actes ayant un caractère suffisamment raisonnable pour être approuvés, demeureront possibles. Toutefois si la confirmation donnée par le conseil à la donation empêche d'invoquer contre cette dernière l'article 502, elle ne la met pas à l'abri d'une instance en nullité fondée sur l'article 901.

La donation, approuvée par le conseil judiciaire peut l'avoir été à tort ; en tous cas, cette approbation ne donne à la disposition du prodigue, que la valeur d'une disposition gratuite quelconque, faite par une personne dont la capacité n'aurait encore subi aucune atteinte. Les règles générales des dispositions à titre gratuit lui sont applicables. La nomination d'un conseil ne doit pas, en effet, faire perdre à la famille du donateur les garanties que lui offre l'article 901 (1).

DES ALIÉNÉS INTERNÉS D'APRÈS LA LOI DU 30 JUIN 1838

La loi de 1838 sur le placement des aliénés dans des établissements spéciaux, a modifié sur certains points, la capacité de l'aliéné non interdit.

1° Tous les actes passés pendant la durée de l'internement, pourront être annulés pour cause de démence de leur auteur, même après la mort de celui-ci et sans que l'interdiction ait été provoquée de son vivant. Les limitations apportées à la preuve de la

(1) Duranton, t. 8, n° 170; Demolombe, t. 18, n° 376; Laurent, t. 11, n° 111.

folie par l'article 504 sont ainsi supprimées dans ce cas.

2° Elle a changé le point de départ de la prescription à opposer à l'action en nullité; toutes modifications faites dans le sens d'une présomption que l'interné a agi dans un moment de folie. L'internement est donc une probabilité de folie, un commencement de preuve; et, en effet, il faut des raisons graves pour qu'on soit obligé de réclamer cette mesure. Mais peut-on tirer de l'esprit de cette loi, des conséquences particulières, applicables aux dispositions à titre gratuit?

L'interné est-il non sain d'esprit au sens de l'article 901, et son testament doit-il toujours rester sans valeur? Non, l'internement n'est pas lui-même une preuve de folie; il facilite cette preuve, il ne dispense pas de la faire. Les actes faits au cours de l'internement pourront être annulés pour cause de folie, même après la mort, et si l'interdiction n'a pas été prononcée, dit la loi de 1838, et elle ne dit pas: « seront nuls de droit, » comme dans l'article 502, car l'internement n'est pas entouré des mêmes garanties que l'interdiction. Donc si, pour les actes visés par cette loi, la preuve de la folie reste à faire, il n'y aura pas présomption légale d'insanité d'esprit pour les dispositions à titre gratuit. Pour ces dispositions comme pour les autres actes, le demandeur en nullité devra faire la preuve. La tâche lui sera facile, mais il n'en sera pas dispensé.

CHAPITRE VII

Des vices du consentement.

La violence, le dol et l'erreur, ne sont pas des maladies de l'esprit; cependant, leurs effets sur les dispositions à titre gratuit étant analogues à ceux de la folie, leur examen vient méthodiquement après l'étude de l'article 901. Comme la folie, les vices du consentement soustraient les actes qu'ils atteignent à la volonté libre du disposant; ils sont donc, comme elle et pour les mêmes raisons, des causes de nullité. L'article 1109 nous dit, qu'il n'y a point de consentement valable, si celui-ci n'a été donné que par erreur, violence ou dol; et les articles suivants établissent dans quelle mesure le consentement doit avoir été vicié pour que l'obligation soit annulée. Mais quand il s'agit de dispositions gratuites, on ne saurait s'en tenir à ces règles faites pour les obligations ordinaires. Dans les contrats à titre onéreux, il faut que

l'erreur porte sur la substance de la chose, objet du contrat ; que la violence soit de nature à faire impression sur une personne raisonnable ; que le dol soit tel, que sans lui l'autre partie n'aurait pas contracté. Dans les dispositions à titre gratuit, toutes ces conditions ne sont pas nécessaires ; il suffit que l'influence d'un des trois vices du consentement se manifeste dans la disposition, pour la faire tomber. La donation et le testament n'ont, en effet, de raison d'être que par la volonté de gratifier ; le consentement s'y confond avec la cause, et si la volonté se trouve faussée, l'acte est dénaturé dans son essence ; le consentement et la cause font en même temps défaut. Nous aurons donc à nous montrer plus sévères dans l'appréciation du consentement qui a présidé à de tels actes, que s'il s'agissait de contrats à titre onéreux.

Dans ces derniers, l'erreur, le dol et la violence, ne mettent en question que le plus ou moins d'avantage à tirer du contrat ; la cause demeure, et le contrat reste ce qu'il est, une vente, un louage, ou un prêt. Sa nature ne change pas ; on peut donc établir des limites au-dessous desquelles on ne tiendra pas compte des vices du consentement. Au contraire, dans les dispositions gratuites, tout ce qui porte atteinte à la libre volonté du disposant, anéantit du même coup le fait juridique ; et on ne peut concevoir ici l'idée d'une limitation. Déjà nous avons vu que pour les testaments et les donations, on tient un plus grand compte

de la santé d'esprit de leur auteur, que dans les contrats à titre onéreux ; voyons, maintenant, quels vices du consentement, insuffisants pour annuler tout autre contrat, feront tomber les donations et les testaments.

VIOLENCE

L'article 1112 nous dit les caractères que doit présenter la violence pour être cause de nullité « être de nature à faire impression sur une personne raisonnable, etc. » Des faits de contrainte qui ne présenteraient pas ce caractère particulier de gravité seraient inutilement invoqués contre une vente, un louage ou tout autre contrat. On suppose que l'individu qui se plaint d'en être la victime, aurait pu facilement résister ; s'il ne l'a pas fait c'est manque d'énergie de sa part, il n'a pas su garder ses intérêts, et la loi n'a pas à les surveiller pour lui. Si c'est contre une donation ou un testament qu'on invoque la contrainte, il suffira, au contraire, de prouver que le donateur ou le testateur a disposé contrairement à sa volonté ; on ne se demandera pas, s'il aurait pu ne pas tenir compte des menaces, mais si, sans elles, il n'aurait pas fait la disposition (1). — Dans une vente, chacune des parties

(1) Furgole. *Testaments*, t. I, ch. V, n° 5 et suiv.

peut se servir, dans les limites de la loi, des moyens qu'elle croit bons pour obtenir des avantages de la partie adverse ; chacun défend ses intérêts, et la loi n'intervient que pour prohiber certains faits trop évidemment contraires à la morale ou à l'ordre social. Mais lorsque le contrat n'est intéressé que d'un seul côté, elle doit intervenir pour s'assurer que la volonté de celui qui s'oblige, volonté qui est à elle seule toute la raison de l'acte, existe réellement. Or, que ce soit à raison ou à tort que le disposant ait cédé à la crainte, il n'en est pas moins vrai que la volonté de disposer a fait défaut, et que la donation ou le testament ont manqué de leur caractère essentiel. Le même moyen, par exemple la menace d'un malheur irréalisable, sera licite, ou tout au moins non répressible, dans une vente, et suffira pour faire annuler une donation ou un testament ; sinon on se trouverait en face d'un gain illicite et sans cause.

L'article 1119 dit encore : « on a égard en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes. » Une sorte de contrainte particulière, est surtout à considérer dans les dispositions gratuites, c'est celle qui s'exerce sur les vieillards et sur les malades. Ces personnes, par les soins que leur état réclame, par l'isolement où les mettent leurs infirmités, se trouvent dans la dépendance absolue de ceux qui sont chargés de veiller sur elles. La menace d'abandon, le manque de soins, deviennent actes de

contrainte; le malade offrira, dans la terreur qu'inspire l'abandon, un salaire hors de toute proportion avec les soins donnés; il se dépouillera de tout ce qui lui reste, pour retenir près de lui, les gens dont les services lui sont indispensables. Mais les dispositions faites dans ces conditions doivent être annulées : elles ne résultent pas de la volonté de donner, elles sont le fruit des manœuvres du bénéficiaire, c'est une appropriation par violence (1).

DOL, SUGGESTION ET CAPTATION.

Le dol n'est, lui aussi, admis comme cause de nullité des obligations, que sous de grandes réserves. Autant que possible, on veut éviter, comme nous l'avons dit, l'annulation des contrats à titre onéreux. Cette raison n'ayant pas la même importance pour les actes à titre gratuit; le dol y sera pris en plus grande considération. Deux formules établiront la différence : 1° L'art. 1116 dit « le dol est une cause de nullité de la convention..... lorsque sans lui l'autre partie n'aurait pas contracté; » 2° Nous ajoutons : le dol est une cause de nullité des actes à titre gratuit, quand sans lui on aurait disposé autrement. D'un côté donc, il faudra que le dol ait déter-

(1) Bordeaux, 8 mai 1860, D., 1860, 2, 129.

miné le contrat, qu'il en soit la cause; de l'autre, il suffira qu'il ait fait sentir son influence d'une façon quelconque dans la disposition. C'est que les manœuvres frauduleuses amènent dans l'acte un élément étranger, et qu'il est de l'essence des dispositions à titre gratuit, d'émaner pour le tout de la volonté de leurs auteurs.

C'est ainsi que dans les contrats à titre onéreux, si la convention est maintenue, la partie lésée peut obtenir de son adversaire des dommages-intérêts équivalents au préjudice causé, et que dans la donation ou le testament, ce préjudice n'est pas susceptible d'appréciation. De plus, quel que soit le point sur lequel le dol ait porté, comme les motifs de la disposition sont inconnus, on peut supposer que ce point était essentiel, et que le dol est ainsi devenu la cause déterminante de l'acte.

Pour les mêmes raisons, on n'exigera pas, comme le fait l'article 1116, que les manœuvres proviennent d'une des parties contractantes (1); peu importe qu'elles soient l'œuvre d'un bénéficiaire ou d'un tiers, puisque la donation ou le testament, pour être valable ne doivent émaner que de la seule volonté du disposant. D'où qu'il vienne, et n'importe comment il se fasse sentir, le dol annule toujours les dispositions gratuites.

(1) Cass., 8 août 1837, D., *Disposition*, n° 251.

Le dol, quand il a trait aux testaments, prend souvent le nom de suggestion ou de captation. Mais ces deux expressions ne comprennent pas nécessairement l'idée de fraude ; c'est ce qui faisait dire à Furgole (1) : « La captation et la suggestion ne sont pas par elles-mêmes, causes de nullité des libéralités, mais seulement par le dol qui les accompagne ».

La suggestion n'est en elle-même que le fait d'éveiller, dans l'esprit d'autrui, l'idée de faire une chose : la personne à qui l'on a fait une suggestion se trouve en face d'un simple avis, qu'elle peut repousser ou faire sien ; sa décision dépend d'elle seule, et sa volonté ne subit par conséquent aucune atteinte. De même, la captation est l'emploi de moyens, qui peuvent n'avoir rien de frauduleux, pour se faire attribuer un legs. Cependant l'ordonnance de 1735 les rangeait toutes deux parmi les causes de nullité des testaments. Par contre, le projet de Code civil de l'an VIII, pour couper court à des réclamations, qui ne s'appuyaient sur aucune preuve et n'amenaient que des scandales, s'exprimait ainsi sur ce sujet : « La loi n'admet point la preuve, que la disposition n'a été faite que par haine, colère, suggestion ou captation. » C'était se lier les mains pour la répression, et permettre à la fraude et à la passion de s'étaler au grand jour. L'article ne fut pas maintenu.

(1) *Testament*, ch. V, sect. III, n° 4.

S'il n'est pas immoral d'indiquer les personnes auxquelles il est juste, et peut-être même, avantageux de faire une libéralité; s'il est permis de demander pour soi les avantages d'un legs, c'est à condition qu'on s'en tiendra aux simples conseils, et qu'on ne s'appuiera pour les faire prévaloir, que sur les raisons véritables qui plaident en faveur de ces dispositions. Il n'en est plus de même, quand on essaye par des mensonges d'agir sur l'esprit du testateur. Dès qu'on passe, des incitations qui n'ont pour but que la persuasion, aux manœuvres actives, qui tendent à circonvenir les personnes à qui on s'adresse, la légalité est outrepassée. On ne laisse plus alors à la volonté libre le pouvoir de prendre une décision. La personne qui suggère, tente de mettre sa volonté à elle, à la place de celle du disposant; et si elle y réussit, la disposition doit être nulle, comme provenant d'une autre volonté que celle du testateur. Ne pas admettre cela, refuser d'annuler des actes qui sont l'œuvre évidente de la mauvaise foi, ce serait donner une consécration légale à la fraude. La preuve de cette dernière doit donc être toujours admise. Mais il ne faut pas non plus se montrer trop facile pour accorder la nullité; celle-ci ne peut résulter que d'un défaut de volonté réelle chez le disposant, et un conseil perfide ou intéressé ne détruit pas la volonté. Il faudra des manœuvres *précises* faites pour induire en erreur le testateur, soit sur les intentions ou le caractère des héritiers de

la loi, soit sur celles de l'individu qui cherche à les évincer. En dehors des manœuvres ayant pour but de tromper, il n'y a pas lieu à annulation.

Ces manœuvres se réduisent au *mensonge*, à la *calomnie*, elles sont accompagnées ordinairement de *l'éloignement* des parents et de la *séquestration* du moribond, faits matériels dont la constatation aide grandement à la preuve de la suggestion frauduleuse (1).

Ce sont toujours ces faits que recherchent les juges, et sur lesquels ils appuient leurs décisions : « Attendu que le sieur S... a employé les manœuvres les plus dolosives pour *écarter* de madame C..., les membres de sa famille, ses hommes d'affaires, ses familiers..., qu'il ne *laissait pénétrer* auprès d'elle, aucune des personnes qui pouvaient contrarier ses vues, même les prêtres qu'elle connaissait; qu'il *lui a fait croire* que ses parents s'entendaient avec son mari pour la faire interdire; que c'est à l'aide de ces moyens qu'il est parvenu à se faire instituer légataire universel, annule etc., (2). »

2° arrêt « Considérant que la domination de la veuve Chaudot, la domestique, sur sa maîtresse était arrivée à un tel point, qu'elle *éloignait* les personnes qui ne lui plaisaient pas, interrompait les conversations qui

(1) Demolombe, t. 18, n° 386.

(2) Tribunal d'Amiens du 13 mai 1875, D., 77, 1, 486.

lui semblaient favorables aux héritiers naturels de la femme Noble, *faisant le vide* autour de celle-ci, et refusant la porte aux amis de la famille ; que sa maîtresse étant ainsi isolée, elle l'obsédait par de continuelles demandes d'un testament en sa faveur, etc, annule... (1). » Si ces trois ordres de faits, (calomnie, éloignement des parents, séquestration du disposant), ou au moins l'un d'eux, ne se retrouvent pas dans l'origine de la disposition, on ne saurait dire que celle-ci est le résultat de la fraude. La prévenance, les démonstrations d'attachement, même simulées et intéressées, ne sont pas des manœuvres frauduleuses, quand le mensonge et les attaques contre d'autres personnes ne viennent pas s'y joindre. Chercher à se faire valoir n'est pas de la tromperie, et les dispositions testamentaires qui en sont le résultat, ne sont pas annulables, car elles émanent d'une volonté libre. L'esprit a pu être séduit, entraîné à tort, mais il n'a pas été faussé, il s'est décidé en connaissance de cause.

La jurisprudence pousse cette idée au point de ne pas même tenir compte du caractère de moralité de ces démonstrations. L'article 1131 qui annule les conventions dont la cause est illicite ou immorale, n'a pas, selon elle, son application, lorsqu'il s'agit de dispositions entre vifs ou testamentaires. La cause de ces

1) C. ur de Paris du 29 juin 1874, D., 76, 1, 491.

actes est le désir de gratifier, et l'immoralité ne réside que dans les motifs qui ont fait naître ce désir, motifs dont la loi n'a pas à se préoccuper. Seul, l'article 901 s'applique aux donations et testaments, il faut et il suffit que le disposant ait agi librement et en connaissance de cause. « Considérant que sous l'empire de notre législation, la captation et la suggestion doivent, pour vicier un testament, être assimilées au dol et à la fraude; que les soins les plus obséquieux n'ayant d'autre mobile qu'un *calcul cupide* et le désir manifeste de s'attirer la confiance et la bienveillance d'un testateur, ne sauraient, alors même que l'*honneur les réprouve* ou que la *morale les condamne*, suffire pour entraîner la nullité des dispositions testamentaires, etc., etc (1). » C'est la jurisprudence constante (2).

Cependant M. Laurent, tout en reconnaissant que les conseils, caresses et prières, n'enlèvent rien à la liberté du testateur, voudrait qu'on annulât tous les legs déterminés seulement par des complaisances intéressées; ce serait mettre la loi en conformité avec la morale et la délicatesse. La plus grande sévérité, ajoute-t-il, devrait être de règle quand il s'agit de legs laissés à des concubines, car presque tous sont le résultat d'une suggestion, et de plus, ils ont une cause honteuse (3). Mais une réforme de la jurisprudence,

(1) Cour de Douai, 12 mars 1867, D., 1869, 1, 40.

(2) Lyon, 29 mars 1871, D., 1874, 3, 8. — Caen, 28 juillet 1873, D., 1874, 5, 165. — Cour de Rouen, 27 juin 1874, D., 1875, 2, 190.

(3) Laurent, t. 11, n° 135 et 136.

dans le sens que réclame M. Laurent n'est pas admissible. Annuler un testament parce que son auteur s'est trompé sur la nature des preuves d'affection qu'il a reçues, c'est remettre en question le droit de tester. Si le testament est un droit, le testateur est le seul qui ait à apprécier les motifs de son acte ; et comme de tout autre droit, il pourra faire de celui-ci un bon ou mauvais usage. La loi n'y pourra rien reprendre ; son rôle se borne à vérifier si le testateur a sciemment et librement voulu ce qu'il a écrit.

La captation aujourd'hui se confond avec la suggestion ; les dispositions captatoires, c'est-à-dire les dons ou legs faits à des personnes dont on espère obtenir par ce moyen d'autres dispositions en retour, ne sont pas nuls comme chez les Romains. Ceux-ci les annulaient pour cause d'immoralité ; comme de nos jours on ne tient compte que de la volonté du disposant, nous les reconnaitrons valables. Une donation ou un legs n'enchaîne pas en effet la liberté du bénéficiaire, au point que celui-ci soit tenu de répondre à cette disposition, par une disposition réciproque. Aussi dans le cas où il croira devoir le faire, on ne pourra pas dire que sa volonté a été violentée.

Un arrêt de la Cour de Riom, en 1827, avait cru nécessaire de distinguer, au point de vue de la suggestion et de la captation, entre les différentes formes de testament. Le testament olographe, tout entier écrit de la main du testateur, ne pouvait, selon cet arrêt,

laisser aucune place aux influences étrangères, il n'y avait donc pas à attaquer un pareil acte pour cause de suggestion. Mais cet arrêt est demeuré isolé ; l'obligation d'écrire le testament en entier de sa main, n'est pas une garantie suffisante. Ce n'est pas un faux testament qu'on redoute, c'est un testament fait par un esprit faussé. Or, à ce point de vue, le testament public offre beaucoup moins de prise à la fraude ; la présence du notaire et des témoins instrumentaires assure la liberté du testateur au moins au jour de la rédaction. Le testament olographe au contraire, parce qu'il se fait sans témoins, se prête mieux aux manœuvres dolosives, qui ne se pratiquent guère qu'une fois l'isolement du testateur obtenu. D'ailleurs, aucune forme n'est légalement à l'abri de la fraude.

ERREUR

L'erreur est encore une cause de nullité ; l'article 1110 déclare qu'elle doit porter sur la substance même de la chose, objet de la convention ; et qu'elle n'est point cause de nullité, si elle ne porte que sur la personne avec qui on contracte, à moins que la considération de la personne ne soit la cause principale de la convention.

Or dans les donations et les testaments, la considération de la personne est véritablement la cause prin-

ci pale de l'acte, et l'erreur sur la personne doit les faire tomber. On veut léguer à *Primus* et c'est *Secundus* qu'on écrit. Si l'erreur est manifeste la disposition ne s'accomplira pas ; mais *Primus* n'en bénéficiera pas plus que *Secundus*, car s'il y a eu erreur pour ce dernier, il n'y a aucun testament en faveur du premier. Il en sera de même si on a légué un objet pour un autre : Voulant laisser une maison, j'ai désigné un champ, la disposition ne s'exécutera, ni pour le champ ni pour la maison. Le legs serait encore nul, s'il était fait en considération d'une qualité qui n'appartient pas au légataire. Mais il est à remarquer ici, que c'est la qualité en considération de laquelle le legs est fait, qui doit être l'objet de l'erreur (1). L'erreur sur une autre qualité, même plus importante, n'aurait pas le même résultat ; cette qualité est en effet la cause déterminante du legs, elle devient la substance même de la disposition. Si le testateur a seulement voulu gratifier la personne, et n'a vu dans la qualité à laquelle il a fait allusion, qu'un moyen de désignation, l'erreur ne sera pas cause de nullité ; à moins toutefois que l'erreur sur cette qualité secondaire, ne provoque un doute sur la personne même que le testateur a entendu gratifier.

L'erreur peut enfin porter sur la cause de la disposition : mais comme les tribunaux tendent à ne voir

(1) Cass., 13 juin 1826, D., 1826, 1, 307.

d'autre cause à une donation ou à un testament, que la volonté de gratifier, la cause déterminante devra être exprimée sous forme de condition. Sous toute autre forme l'erreur ne vicierait aucune partie essentielle de l'acte, le motif erroné, n'étant pas considéré comme cause de la disposition (1).

PREUVE DES VICES DU CONSENTEMENT.

Le dol et la violence ne sont pas plus que la folie, des faits dont il soit toujours possible de se procurer une preuve écrite. De plus, ces vices se manifestent extérieurement et d'une façon sensible; la preuve testimoniale en sera donc admise sans limitation. Les demandeurs en nullité allègueront les faits précis de dol et de violence, et les juges, s'ils trouvent ces faits pertinents, ordonneront l'enquête. Il en est différemment pour l'erreur; la preuve de celle-ci ne porte pas sur des points matériels comme la suggestion ou la violence, mais sur des intentions secrètes du testateur. Si un témoin vient dire que quelqu'un a fait erreur dans la manifestation de sa pensée, il faut que le témoin ait eu antérieurement connaissance de ce que voulait le testateur. Mais il a pu, ou se tromper lui-même dans son appréciation,

(1) Bruxelles 10 juin 1812, et Paris, 9 février 1867, Sirey, 1867, 2, 129 et la note 2 et 3.

ou être trompé par de fausses confidences. Le testateur, sous l'influence de motifs inconnus, a pu changer de volonté, et c'est une méthode pleine de périls que de vouloir rectifier, sous prétexte d'erreur, les volontés exprimées par un défunt. Les témoignages, si sérieux qu'ils paraissent, n'atteindront jamais à la certitude : aussi une expression claire et précise du testateur doit-elle être à l'abri d'une allégation d'erreur. Mais, si la disposition est ambiguë, les termes peu clairs, et qu'en même temps qu'un revirement inexpliqué d'opinion, on découvre des expressions qui n'ont de sens que dans la première opinion ; si en un mot il existe un commencement de preuve par écrit, le témoignage sera très valablement invoqué pour établir l'erreur (1).

(1) Cass., 22 janvier 1851, Sirey, 51, 1, 94. — Paris, 26 mars 1862, Sirey, 62, 2, 313. — Cass., 23 février 1863, Sirey, 63, 1, 68.

DEUXIÈME PARTIE

CHAPITRE PREMIER

Incapacité des mineurs de disposer à titre gratuit

§ I. — **Age au-dessous duquel le mineur ne peut pas disposer à titre gratuit.**

Le droit moderne nous montre une innovation en ce qui concerne l'incapacité des mineurs de disposer à titre gratuit. Chez les Romains, il n'y avait pas de transition entre l'incapacité absolue de l'impubère, et la capacité complète de l'individu pubère : il en était de même dans le droit ancien, où seul l'âge de la capacité variait de coutume à coutume. Sous le Code civil le principe est changé ; on distingue en premier lieu entre la donation et le testament, et deuxièmement entre le mineur de moins de seize ans et celui de plus de seize ans.

I. — Pour ce qui concerne la donation, la majorité continue à être la limite à partir de laquelle on devient capable de disposer entre vifs. Le mineur, si près qu'il soit de sa vingt-deuxième année, et tant qu'il ne l'a pas atteinte, ne peut disposer par donation d'aucune partie de son patrimoine. Cependant l'article 903 prévoit une exception pour les dispositions entre futurs époux par contrat de mariage. L'article 144 reconnaît aux hommes comme aux femmes, le droit de se marier pendant leur minorité ; étant capables de se marier, les mineurs doivent être capables de tous les actes relatifs au mariage, et notamment de régler par contrat leurs conventions matrimoniales. Ils sont, il est vrai, pour ces conventions, obligés de se faire assister par les personnes dont le consentement est nécessaire au mariage ; mais avec cette assistance le mineur « pourra donner tout ce que la loi permet à l'époux majeur de donner à l'autre conjoint, » article 1095. Ainsi donc, la femme à quinze ans, le mari à dix-huit, pourront faire par contrat de mariage une donation entre vifs à leur conjoint. Ce seul cas réservé, l'incapacité de disposer entre vifs, à titre gratuit, reste entière jusqu'à l'âge de vingt et un ans.

II. — L'innovation s'est produite pour les testaments, article 904 « Le mineur, parvenu à l'âge de seize ans, ne pourra disposer que par testament, et jusqu'à concurrence seulement de la moitié des biens, dont la loi

permet au majeur de disposer. » Ainsi donc, pour les testaments, la capacité est avancée de vingt et un ans à seize ans ; mais en même temps elle devient, pour cette période de cinq ans, moins importante, puisque la faculté de disposer se réduit à la moitié de ce dont peut disposer un majeur. Cette demi-capacité sert de transition entre l'incapacité absolue et la pleine capacité.

Le mineur de seize ans est complètement incapable de tester et de donner (article 903). C'est une incapacité qui s'explique par l'insuffisance de jugement et la légèreté de la jeunesse, mais ce n'est ni l'insuffisance de jugement, ni la légèreté qui constituent l'incapacité. Celle-ci ne résulte que de la loi ; c'est la loi qui fait que le testament daté du dernier jour de la seizième année est nul, quand celui daté du lendemain est valable. La maturité de l'intelligence n'y est pour rien ; elle est présumée exister dans un cas, et ne pas exister dans l'autre ; on ne saurait faire aucune preuve contre cette présomption (1). Nous ne sommes plus, en effet, en présence de termes analogues à l'article 901, qui, lui, prévoit un fait, la santé de l'esprit. Dans les articles 903 et 904 nous sommes en face d'une incapacité résultant de l'âge, et l'âge se constate, il n'est pas susceptible d'appréciations différentes. L'âge de seize ans est une limite arbitraire, mais elle se trouve

(1) Demolombe, t. 18. n^{os} 406 et 407.

correspondre à un développement déjà sensible des qualités du jugement chez la moyenne des hommes, et a le précieux avantage d'être fixe.

L'ÂGE EXIGÉ PAR L'ARTICLE 904, EST DE SEIZE ANS RÉVOLUS

Cette limite de seize ans veut dire seize ans révolus. On avait pensé qu'il suffisait pour tester d'être entré dans la seizième année, car l'article 903 et l'article 904, disent seulement « l'âge de seize ans, » et ne s'expriment pas avec la netteté des autres articles qui, lorsqu'il s'agit de majorité, exigent vingt et un ans *accomplis* (art. 488), et, en cas de mariage, quinze ans et dix-huit ans *révolus* (art. 144). Dans le doute, ajoutait-on, il faut trancher la difficulté dans le sens de la capacité (1). Mais il n'y a, en réalité, aucune difficulté ; les articles 903 et 904, pour ne pas employer des expressions aussi énergiques que les articles 488 et 144, sont cependant très clairs dans le sens du plein accomplissement de la seizième année. « Le mineur âgé de moins de seize ans ne peut pas disposer... » dit l'article 903 ; or, celui qui a quinze ans et plusieurs mois est âgé de moins de seize ans, il ne peut donc pas disposer ; il n'est pas non plus « parvenu à l'âge de seize ans » (art. 904) tant que la seizième année court encore.

(1) Bernardi, *Comment. des donations entre vifs et des testaments*.

Jamais le droit français n'a connu l'adage *annus inceptus pro completo habetur*. Il en est de même du jour de la naissance; l'année est révolue, non pas à la première heure de ce jour, comme en droit romain(1), mais seulement à l'heure anniversaire de la naissance. Le Code exige que l'acte de naissance mentionne, en plus de la date, l'heure exacte; cette prescription ne peut s'expliquer que par la nécessité de connaître, d'une façon certaine, le point de départ de la capacité.

L'article 903 s'applique toujours au mineur de seize ans, quelle que soit sa condition, aussi bien s'il est émancipé que s'il est soumis à la puissance paternelle ou à la tutelle. Ce point fut contesté par Taulier (2); suivant lui, le mineur âgé de moins de seize ans n'est pas complètement incapable de disposer à titre gratuit. Il peut être émancipé à quinze ans, et comme tel, avoir les pouvoirs d'administration et le droit d'aliéner ses meubles corporels. Il pourra donc en disposer par donation entre vifs, même avant l'âge de seize ans. Mais c'est là une erreur; de ce que la loi reconnaît un effet à ses aliénations, il ne s'en suit pas que le mineur émancipé puisse aliéner de toute façon. Les articles 481 et 484 ne lui permettent que les actes de *pure* administration, et la donation n'est jamais un acte d'administration; il ne pourra ni la faire seul, ni du consentement du curateur.

(1) L. 5, D., 28, 1.

(2) Taulier, t. IV, p. 27.

Les travaux préparatoires montrent, d'ailleurs, que la question fut discutée à l'origine. Le projet de Code civil, au lieu de prendre l'âge de seize ans comme limite à la capacité partielle de disposer par testament, distinguait entre le mineur émancipé qui pouvait tester pour partie, du jour de l'émancipation, et le mineur non émancipé, pour qui cette demi-capacité n'existait pas.

Sur les observations de Cambacérès, que la faculté de disposer des mineurs devait dépendre de l'âge plutôt que de l'émancipation, et pour ne pas donner à la famille un intérêt à ne pas émanciper l'enfant (1), le projet fut modifié dans le sens des articles actuels 903 et 904. C'est donc bien l'âge seul, et non l'émancipation qui fait la capacité de disposer.

§ II. — Raisons qui ont fait admettre la capacité restreinte du mineur de faire un testament.

Cette innovation de la législation moderne dans la matière de la capacité de tester des mineurs s'explique par plusieurs raisons. D'abord, il était juste de ne pas laisser une personne, que son âge a déjà mise en état de comprendre et d'apprécier les services qu'elle reçoit, et rendue capable d'une affection raisonnée,

(1) Locré. t. XI, p. 134 et 362.

dans l'impossibilité de rien faire pour reconnaître ces services ou pour témoigner son affection. Dans ce but, on lui a reconnu le droit partiel de tester. Le testament a été préféré à la donation, à cause des avantages qu'il présente pour le disposant. D'abord, il n'a pas d'effets immédiats et ne cause aucun préjudice au mineur. De son côté, le bénéficiaire se trouve assuré contre les chances de mort de celui qui lui voulait du bien; et si les conditions sont telles que, soit par suite de l'âge réciproque des parties, soit pour toute autre cause, le testament ne paraisse une mesure insuffisante, il n'y aura pas un grave inconvénient à retarder les dispositions entre vifs jusqu'au jour de la majorité. Puis le testament est révocable, et si le mineur s'aperçoit qu'il s'est laissé emporter par un mouvement irréfléchi de générosité, il revient facilement sur ce qu'il a fait. Enfin, le testament, par l'idée de mort qu'il éveille, amènera plus de gravité dans l'examen des causes qui portent à la disposition.

D'un autre côté, la perfection de l'intelligence et du jugement n'est atteinte, aux yeux de la loi, qu'à la majorité, c'est-à-dire à vingt et un ans; on ne saurait donc pas assimiler la capacité d'un jeune homme de seize ans, à celle d'un majeur. Aussi la loi restreint-elle la faculté du mineur de disposer par testament, à la moitié de ce dont peut disposer le majeur.

Opinion de M. Laurent. — Mais les partisans de la

succession légale, ceux qui n'acceptent le testament qu'avec répugnance, ne se montrent pas satisfaits de cette solution. Pour M. Laurent, la loi a établi le meilleur système de succession possible; il est l'œuvre des hommes les plus compétents; sans partialité d'aucune sorte, puisque c'est une règle générale; il suit l'ordre divin de la parenté, il ne faut donc y toucher qu'exceptionnellement, avec les plus grands ménagements. Or, ce n'est pas un enfant de seize ans qui est capable de se montrer plus sage que la loi, et de redresser les erreurs de celle-ci; la disposition des articles 903 et 904 est donc beaucoup trop large. De plus M. Laurent (1) lui fait le reproche d'être illogique. Si la loi donne à quelqu'un la faculté de faire un acte déterminé, c'est qu'elle lui reconnaît la capacité matérielle de le faire; elle suppose qu'il est assez raisonnable et assez prudent pour bien se rendre compte de l'utilité de cet acte et de ses conséquences. Tous les actes ne présentent, ni la même difficulté pour l'intelligence, ni la même gravité de conséquences; de sorte qu'on peut comprendre qu'un individu soit capable pour un acte et non pour un autre. C'est à cette idée que se conforme la loi, quand elle énumère les actes que pourront faire, ou ceux que ne pourront pas faire les individus qui ne jouissent pas d'une capacité complète. Le mineur émancipé ne pourra ni intenter seul

(1) Laurent, t. 11, n° 141.

une action immobilière, ni y défendre ; recevoir, ni donner décharge d'un capital mobilier, faire des emprunts, etc. ; le prodigue ne peut ni transiger, ni aliéner, ni emprunter, etc., sans l'assistance du conseil. C'est que la loi suppose nécessaires pour ces actes, des qualités particulières qui font précisément défaut soit au mineur, soit au prodigue ; et que les autres actes, dont elle leur tolère l'accomplissement n'exigent pas au même degré les qualités en question. Mais ici l'article 904 permet au mineur de faire un testament, c'est donc, semble-t-il, qu'il lui reconnaît assez de raison pour écarter la succession légale et substituer à celle-ci sa propre volonté ; c'est qu'il ne craint plus de faire dépendre le sort d'une famille du caprice d'un enfant, et qu'il croit ce dernier assez éclairé pour résister aux suggestions et aux conseils intéressés. Or, en même temps qu'il lui reconnaît implicitement ces qualités nécessaires pour tester, il limite la quotité dont il pourra disposer, à moitié seulement de celle du majeur. Cette limitation, précaution contre les erreurs et les fautes que le mineur est sujet à commettre dans l'exercice de son droit, signifie qu'en réalité il n'est pas suffisamment capable de comprendre toutes les conséquences et toute l'importance de l'acte qu'on lui permet de faire. Ainsi donc, le même article du Code trouve le mineur à la fois propre et impropre à exercer le droit de tester. La conclusion que tire M. Laurent de ce raisonnement, c'est que si le mineur n'a pas un

jugement suffisamment développé pour se servir du testament sans danger pour la société, la loi ferait mieux de maintenir totalement l'incapacité, jusqu'au jour où son intelligence atteindrait légalement sa perfection, c'est-à-dire jusqu'à sa majorité (1).

Réfutation de cette opinion.— Au premier argument, nous avons déjà répondu en établissant que la succession légale n'a aucune supériorité sur la succession testamentaire ; le législateur au contraire, n'a prétendu qu'interpréter la volonté de ceux qui ne voulaient ou ne pouvaient exprimer la leur, de sorte que le testament n'implique en aucune façon que son auteur se soit jugé plus sage que la loi. Ensuite, à l'âge de seize ans, l'homme a déjà une volonté à lui, et il n'y a aucune extravagance à lui permettre de l'exprimer et à lui reconnaître certains effets. Bien d'autres actes d'une égale importance, et au moins aussi dangereux pour la famille, sont permis au mineur qui a dépassé un certain âge.

Sans parler de l'émancipation, nous voyons, dès quinze ans la femme, et l'homme à dix-huit ans, capables de contracter mariage ; sans limite d'âge, et sans aucune autorisation le mineur peut reconnaître un enfant naturel ; et de ces différents actes naissent des conséquences pécuniaires aussi graves que du testa-

(1) Dans son avant projet de Code civil, M. Laurent supprime l'art. 904.

ment. D'ailleurs, M. Laurent lui-même reconnaît que l'incapacité absolue serait exagérée, puisqu'il admettrait la faculté pour le mineur, ayant atteint l'âge de seize ans, de faire des legs particuliers (1).

Pourquoi le Code s'est-il arrêté à ce système de l'article 904? Pourquoi admettant la faculté de tester pour le mineur, la restreint-il à la moitié seulement de ce dont il pourrait disposer s'il était majeur? C'est qu'à seize ans on est moins avisé qu'à vingt et un, que la loi se méfie des entraînements, qu'elle permet les legs qui acquittent les dettes de reconnaissance, mais ne veut pas qu'un individu, dont le jugement n'a pas atteint encore tout son développement, vienne bouleverser complètement l'ordre successoral établi par elle. Elle s'est donc arrêtée à un terme moyen, qui tient compte, et de la volonté du testateur et de celle de la loi. De la sorte, le droit de disposition est reconnu, et ses conséquences funestes sont limitées. La loi prend des garanties contre un pouvoir dont elle redoute l'abus; il n'y a rien de contradictoire dans une pareille mesure.

(1) Laurent, t. 11, n^o 141 et suiv.

CHAPITRE II

Différence entre l'incapacité des mineurs et l'indisponibilité résultant de la présence d'héritiers à réserve.

Ce qui peut choquer dans l'article 904, c'est la base prise pour opérer cette limitation, base qui varie sous l'influence d'évènements complètement étrangers à la capacité du titulaire du droit, comme la survenance ou la disparition d'héritiers à réserve. C'est là un défaut, il est vrai, mais le choix d'un meilleur moyen était difficile, étant donnée la nécessité d'une limitation du droit. On ne pouvait laisser à l'arbitraire des tribunaux, de décider si les dispositions des mineurs avaient un caractère abusif : une mesure législative établie d'avance, et la même pour tous s'imposait. Soumettre à l'autorisation d'un conseil le testament, était méconnaître son caractère personnel, distinguer entre les legs particuliers et ceux à titre universel, comme le fait la loi pour les testaments en faveur de

certaines personnes morales, serait sans utilité, puisqu'on peut léguer toute sa fortune au moyen de legs particuliers. On ne pouvait fixer un chiffre maximum qui put s'appliquer à toutes les situations, on se résigna à prendre comme limite la moitié de la quotité disponible du majeur. Cette quotité varie, elle est de la totalité de la fortune, ou des trois quarts, ou de la moitié, ou du tiers ou seulement du quart, suivant le nombre et la qualité des réservataires. La fraction du patrimoine dont pourra disposer le mineur, variera donc entre une moitié et un huitième, sans que ces variations correspondent à un degré moindre ou supérieur de capacité. Peut-être aurait-il mieux valu déterminer arbitrairement une fraction quelconque du patrimoine, un quart ou un huitième, comme maximum invariable dans les limites duquel le mineur aurait pu librement disposer, que de faire intervenir et se confondre deux choses aussi différentes que la capacité et la réserve.

Quoi qu'il en soit, voyons les questions que peut soulever la réunion de ces deux éléments. Le majeur a la capacité de disposer par testament de la totalité de ses biens, mais il n'a pas toujours la possibilité de le faire. Le mineur au contraire, n'a pas le droit de disposer de tous ses biens parce que la capacité lui fait défaut. La limitation au droit du majeur est une indisponibilité, celle qui s'applique au mineur, une incapacité. L'indisponibilité est en faveur et en considération

des héritiers seuls, l'incapacité n'existe qu'en considération du testateur.

Il en résulte plusieurs conséquences :

1° Pour savoir si le testament d'un majeur doit subir une limitation, on n'aura à considérer que l'instant de sa mort. N'existe-t-il pas à cette époque d'héritiers à réserve, son testament sera valable pour le tout, quand bien même il en aurait existé lors de la rédaction ; mais s'il n'en existait pas au jour du testament et qu'il en soit survenu depuis, la volonté du défunt ne recevra pas son entier accomplissement. Ce n'est plus du jour du décès, mais de celui de la rédaction de l'acte que dépend la restriction au droit de tester du mineur. Peu importe que la mort ait lieu bien après la majorité acquise, que le défunt n'ait laissé aucun héritier à réserve, si le testament remonte à l'époque de la minorité, il ne pourra s'appliquer que dans les limites de l'article 904. L'acte fait dans une période d'incapacité ne se trouve pas en effet confirmé par la survenance postérieure de la capacité.

2° Cette fraction du patrimoine, dont le mineur se trouve incapable de disposer, profite ainsi à la famille, comme pourrait le faire une augmentation de la réserve, ou une extension de celle-ci à un plus grand nombre de parents. Mais si tel est l'effet, telle n'est pas la cause de l'incapacité. L'institution, faite pour la protection de la famille, c'est la réserve ; aussi cette dernière se trouve-t-elle subordonnée à l'existence de

parents réservataires. L'incapacité du mineur persiste au contraire, si éloignés que soient les parents héritiers, et même en l'absence de tout héritier. L'article 904 ne vise aucunement la famille, il se trouve d'ailleurs au chapitre qui traite de la capacité de disposer ; aussi déciderons-nous que l'état lui-même pourra s'approprier par droit de deshérence, cette moitié des biens dont le mineur n'a pas pu disposer.

A QUELLE ÉPOQUE FAUT-IL SE PLACER POUR DÉTERMINER LA QUOTITÉ DE BIENS DONT LE MINEUR AURAIT PU DISPOSER, S'IL EUT ÉTÉ MAJEUR.

Devrons-nous pousser les conséquences de l'incapacité, jusqu'à faire remonter au jour de la rédaction, tous les éléments dont se compose la capacité partielle du mineur ? Faudra-t-il, après avoir décidé d'après l'époque de la rédaction, s'il y avait lieu à restriction de la capacité de tester, que nous nous reportions à cette même époque, pour savoir de quelle portion le mineur aura été empêché de disposer.

Ce point est important, puisque la quotité disponible du majeur, qui sert à établir le *quantum* dont est capable de disposer le mineur, varie d'un jour à l'autre. En d'autres termes, calculera-t-on la quotité disponible du majeur, au jour où le mineur a testé, et d'après la qualité des héritiers à ce même jour ; ou

bien, la question de la restriction restant toujours hors de doute, celle-ci sera-t-elle opérée seulement d'après le nombre des réservataires au jour du décès. Dans le premier système, on pourrait invoquer le principe de capacité, pour dire que le sort de l'acte doit être fixé au moment même où il se fait, et qu'aucun événement postérieur, venant modifier la capacité de l'auteur, n'a d'effet sur ce qui a eu lieu antérieurement. Un acte est toujours nul quand il est fait par un incapable, et toujours valable s'il est fait par une personne capable. Dans le premier cas il peut, il est vrai, être confirmé, mais il faut une nouvelle expression de volonté à une époque de capacité ; et dans le second cas, ne pas recevoir d'application, c'est qu'il est devenu inutile, mais non pas nul. On doit donc dire dans ce système, que la fraction dont le mineur se trouvait pouvoir disposer au jour du testament, reste invariable, nonobstant les changements possibles du chiffre de la réserve. Dans l'autre système, on dira que la capacité du mineur est liée par l'article 904 à la quotité disponible du majeur ; or, il n'y a de quotité disponible qu'au décès du testateur. De même, la réserve est un droit sur une succession, et du vivant du *de cujus* il n'y a pas de biens qui soient la quotité disponible ou la réserve, tout est disponible ; la qualité de réservataire ne donne, tant que la succession n'est pas ouverte, que l'espérance d'un droit. Si donc, il faut attendre la mort, pour savoir s'il y aura et qu'elle sera

la réserve, il faut aussi attendre la mort du testateur mineur, pour connaître de combien il avait droit de tester.

On n'a pas à se préoccuper de fixer définitivement cette capacité, puisque le législateur l'a lui-même rattachée à quelque chose d'instable et qu'on ne saurait fixer. La quotité pour laquelle le mineur est capable est d'ailleurs invariablement établie, c'est une moitié. Ce qui est incertain c'est la quotité de patrimoine à laquelle s'applique cette moitié, mais on n'a pas à s'en préoccuper; elle diffère avec les individus comme le chiffre même des fortunes, et sans que cela ait de rapport avec la capacité. Toute incapacité doit avoir sa cause dans le testateur. Quand donc le mineur qui, à seize ans, pouvait tester pour moitié de ses biens, voit diminuer en avançant en âge, et par suite de survenance d'enfants, la quotité de son patrimoine dont il lui est permis de disposer, on ne pourra pas dire que sa capacité diminue, mais seulement que la quantité des biens auxquels sa capacité s'applique, a diminué. La fixation de la quotité disponible du majeur n'étant pas un élément de la capacité du mineur, il n'y a pas lieu d'exiger qu'elle soit faite une fois pour toutes, lors de la rédaction. Un seul point doit être fixé définitivement à cette époque, c'est de savoir s'il y aura lieu ou non à réduction de moitié de la quotité disponible d'un majeur.

Influence de la renonciation des héritiers réserva-

taires, sur la capacité de tester des mineurs. Un mineur décède, laissant comme héritiers un ascendant paternel et un ascendant maternel : par testament, il lègue à un tiers tout ce dont la loi lui permet de disposer; puis un des deux ascendants renonce à la succession; de quelle fraction le mineur aura-t-il pu disposer?

Avant la renonciation la quotité disponible d'un majeur aurait été de moitié, celle du mineur par conséquent du quart. La renonciation, survenue après le décès, aura-t-elle pour effet d'augmenter la quotité pour laquelle le mineur était capable? Les auteurs qui soutiennent que la quotité disponible doit être déterminée au jour de la rédaction du testament, que ce sont les réservataires existant à ce jour, et non pas ceux laissés au décès, qui doivent lui servir de base, décideront à plus forte raison que la renonciation d'un héritier n'augmente pas la capacité du mineur. Pour nous, qui prenons pour point de départ la situation au jour du décès, la question a besoin d'être discutée. Demolombe et Laurent, qui tous deux attendent l'ouverture de la succession pour dire quelle est la quotité disponible du mineur, se séparent dans cette question de la renonciation.

D'après M. Demolombe (1), le vœu de la loi est qu'au jour du décès tout se trouve fixé; que le fait seul d'existence ou de non existence d'héritiers réserva-

(1) T. 18, n° 426.

taires influe sur la capacité, et jamais la volonté des héritiers. Ceux-ci peuvent renoncer aux effets de la réserve quand elle n'existe que pour leur protection ; mais quand elle a d'autres effets, notamment de déterminer la capacité des mineurs, ces effets subsistent malgré la renonciation.

Pour M. Laurent (1), la renonciation doit être prise en considération pour le mineur, comme lorsqu'il s'agit d'un majeur ; et c'est son opinion que nous adopterons. La solution de M. Demolombe est d'autant plus singulière que, dans une question qui touche de très près à celle-là, « la renonciation doit-elle être prise en considération dans le calcul de la quotité disponible du majeur », ce même auteur attaque très vivement la jurisprudence, qui ne laisse pas s'augmenter cette quotité, quand un réservataire renonce (2). C'est pourtant de cette dernière question que procède celle de la quotité disponible du mineur.

En effet, que faut-il connaître pour savoir de combien peut disposer un mineur ? c'est ce dont un majeur pourrait lui-même disposer dans des conditions identiques. On doit donc donner pour le mineur la même solution que pour le majeur. Si l'on dit avec la jurisprudence que la part du renonçant n'augmente pas la quotité disponible, on devra dire que la capacité est

(1) T. XI, n° 157.

(2) Demolombe, t. 19, n° 97 et suiv. — Cass., 21 juin 1848, Sirey, 1849, 1, 172. — Cass.. 13 août 1866, Sirey, 1866, 1, 383.

fixée invariablement au jour du décès. Mais si l'on soutient que la réserve ne doit profiter qu'aux personnes auxquelles la loi l'accorde, que dans le cas où ces personnes ne veulent ou ne peuvent l'accepter, les biens réservés perdent leur caractère d'indisponibilité et ne font pas l'objet d'une dévolution aux autres réservataires on doit nécessairement décider, que la portion pour laquelle le mineur est capable, s'accroît de la moitié des biens dont s'augmente la quotité disponible du majeur. Si la loi dit, (art. 914 et 915) que l'individu qui laisse un ascendant ou un descendant ne peut disposer que de trois quart ou de moitié de son patrimoine, sans ajouter que cet ascendant ou ce descendant doivent accepter, elle dit aussi que l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier.

De plus, si elle limite la quotité disponible, c'est par égard pour les héritiers, et en considération de chacun, lorsque un d'eux refuse sa part, celle-ci doit redevenir disponible et ne pas aller à un individu, en considération de qui elle n'a pas été réservée. Il doit en être de même quand il s'agit d'un mineur. La capacité n'a rien à faire dans le calcul de la disponibilité; on fixe d'abord celle-ci suivant les règles ordinaires de la quotité disponible et de la réserve, sans se soucier de la minorité du testateur; et ce n'est qu'après, qu'on applique, s'il y a lieu, les règles de la capacité des mineurs, c'est-à-dire la réduction de moitié. Toute autre solution serait inexacte. Si l'on tenait compte de

la renonciation à la réserve dans la quotité disponible du majeur, et qu'on ne le fit pas quand il s'agit du mineur, il arriverait que le majeur pourrait disposer de plus que le double du mineur ; on serait ainsi en opposition avec l'article 904, qui ne rend le mineur incapable, que pour moitié de ce dont peut disposer un majeur, et qui le laisse capable pour l'autre moitié complète.

Tout ce que nous avons dit de la renonciation s'applique à l'indignité.

CHAPITRE III

§ I. — Le mineur peut-il faire un legs universel.

Le legs de la totalité de la portion disponible du mineur est-il un legs universel conférant la saisine au légataire ? Lorsqu'un majeur qui n'a pas d'héritiers à réserve fait un legs universel, le légataire se trouve jouir de la saisine ; il n'a pas à demander la mise en possession pour exercer les droits de la succession, et c'est à lui qu'il faut demander la délivrance des legs particuliers. En sera-t-il de même au cas où le mineur, n'ayant pas non plus d'héritier à réserve, aura disposé en faveur d'une personne de toute la portion que la loi lui permet de léguer, c'est-à-dire de moitié de sa fortune ?

Le légataire du mineur sera-t-il investi de la saisine comme un légataire universel ? Pour l'affirmative on dit que l'article 1004 refuse la saisine au légataire quand il y a des héritiers auxquels une quotité de biens est réservée par la loi ; ce sont alors ces héritiers qui jouissent de la saisine et c'est à eux qu'il faut

demander la délivrance du legs. Mais dans le cas de capacité restreinte du mineur, si la disposition n'embrasse pas l'universalité des biens, l'obstacle ne provient plus des héritiers à réserve, mais d'une autre disposition de la loi. On devrait donc préférer, pour lui donner la saisine, le légataire aux autres parents (1).

Il vaut mieux cependant s'en tenir à la négative. L'article 1006 ne donne la saisine qu'au légataire universel, et d'après l'article 1003, le legs universel est la disposition par laquelle le testateur donne l'universalité des biens qu'il laissera à son décès. Que ce soit donc pour une cause ou pour une autre que l'universalité des biens n'ait pas été léguée, que ce soit par suite de la présence d'un héritier à réserve ou de l'incapacité du testateur, quand le testament ne fait avoir au légataire que la moitié du patrimoine, il n'y a plus legs universel, mais legs à titre universel. Un légataire à titre universel n'a jamais la saisine, et le mineur ne peut faire que des dispositions à titre universel.

§ II. — Du legs d'usufruit

Comment appliquera-t-on l'article 904 au legs universel d'usufruit ? Quand un testateur a fait un legs

(1) Poitiers, 22 janvier 1828, Sirey, 1830, II, 90. — Aubry et Rau, t. VI, p. 719, note 2.

universel d'usufruit et qu'il laisse des héritiers à réserve, l'article 917, donne à ceux-ci l'option entre l'exécution du legs tel qu'il est écrit, ou bien l'abandon de la quotité disponible en toute propriété au légataire, en gardant pour eux la toute propriété de la réserve. Mais cet article 917 est tout à fait exceptionnel, il ne vise que la réserve et ne peut être étendu à autre chose que le cas prévu. La portion dont le mineur est incapable de disposer est, comme nous l'avons vu, toute différente de la réserve. Elle n'a pas été retenue par la loi en faveur des héritiers légitimes, et ceux-ci n'ont pas à se plaindre qu'on leur ait fait tort en grevant d'un droit de jouissance leur part d'hérédité. La loi ne s'intéresse pas assez à eux pour leur donner le droit d'option des réservataires, elle ne s'est inquiétée que du disposant. Elle a voulu éviter le bouleversement, que la fougue et la légèreté de la jeunesse pourraient faire subir au patrimoine de la famille. Elle a redouté des dispositions en trop grande disproportion avec les sentiments ou les causes qui les avaient inspirées, et a pris une mesure générale pour limiter l'effet de ces inconvénients : elle a restreint de moitié, pour les mineurs, la faculté de disposer par testament.

Mais quand un mineur fait un legs d'usufruit, la propriété ne sort pas de la famille ; le patrimoine n'est pas diminué, il est seulement grevé d'une charge temporaire, qui en retarde la jouissance pour les héritiers. L'incapacité des mineurs n'étant pas établie dans

l'intérêt des héritiers, et le patrimoine restant intact, le legs doit être maintenu pour le tout tel qu'il a été écrit (1).

Nous ne dirons pas cependant que les dispositions en usufruit faites par un mineur seront toujours valables, et qu'il suffit à ce dernier de laisser la moitié de son patrimoine en nu-propriété à ses parents héritiers pour obéir à la loi. Non, si le mineur après avoir disposé en toute propriété de sa moitié, lègue en plus l'usufruit de la seconde, il se trouve avoir fait un testament montant à plus de moitié de ce que peut léguer un majeur, et l'excédent est précisément cet usufruit. Comme il n'y a plus ici une plus grande nu-propriété pour faire l'équivalent de la privation de jouissance, le legs d'usufruit sera annulé comme fait en dehors des règles de la capacité, et la disposition se trouvera réduite à la moitié en toute propriété.

Si la disposition porte, au contraire, sur la nu-propriété seulement de tout le patrimoine, nous décidons, conformément à l'arrêt de cassation du 7 juillet 1857 (2); qu'il faut réduire le legs à la portion dont le mineur peut disposer, et l'on ne comptera pour rien l'usufruit laissé aux héritiers légitimes. Le legs de la nu-propriété est une véritable aliénation; la famille est, en effet, aussi bien frustrée de ses droits par une disposition en nu-propriété, que par une en toute

(1) Demolombe, t. 18, n° 427 bis. — Dalloz, *Dispositions*, n° 795.

(2) D., 1857, 1, 348.

propriété. Le patrimoine se trouve également diminué, et ce n'est pas le droit de jouissance actuel des héritiers, qui remplira le vœu de la loi, que le patrimoine d'un mineur ne sorte pas tout entier des mains de la famille. La part de la famille se trouvera de la sorte augmentée, mais c'est que le mineur a disposé à la fois, d'autre chose que ce qu'il pouvait léguer, et n'a pas légué tout ce dont il était capable de disposer.

La sanction de l'incapacité est ordinairement la nullité, par opposition à celle de la réserve qui est la réduction. Mais quand il s'agit de l'incapacité de tester des mineurs de seize à vingt et un ans, comme cette incapacité est partielle, c'est-à-dire qu'elle porte non pas sur la nature de l'acte, mais sur son importance, que le mineur peut tester dans une certaine limite, et ne le peut plus au-delà, la nullité qui atteindra les excès de pouvoir du mineur, aura les mêmes caractères que l'incapacité, elle sera partielle et n'atteindra les dispositions que dans ce qu'elles auront d'exagéré. Le testament subsistera pour toutes les parties où le testateur se sera tenu dans les limites de sa capacité. Le résultat en somme, est le même que dans la réduction ; mais le point de départ est différent : d'un côté, l'on ne voit que l'héritier (réduction), de l'autre que le testateur (nullité),

CHAPITRE IV

Comment procédera-t-on à la répartition entre les héritiers légitimes, de la portion dont le mineur est incapable de disposer ?

§ I. — 1^o **Hypothèse : Le mineur laisse un ascendant maternel, un collatéral de la ligne paternelle, et un légataire étranger.**

S'il n'y a pas d'héritiers réservataires, on suit les règles ordinaires de dévolution *ab intestat*. De même si ces réservataires sont des descendants, car ils héritent de tout. Mais quand les réservataires sont des ascendants qui ont à subir le concours des héritiers de l'autre ligne, certains auteurs voient des raisons de douter à ce qu'on s'en tienne purement et simplement aux règles de dévolution *ab intestat*.

Le mineur laisse par exemple sa mère, un oncle paternel, et un légataire pour toute la portion disponible. Un majeur aurait pu disposer de trois quarts, le testateur mineur ne pourra disposer que de moitié, c'est-à-dire trois huitièmes, la portion indisponible

sera donc de cinq huitièmes. Si l'on s'en tient aux articles 733 et 753 qui prévoient notre hypothèse, on doit dire que cette portion sera déférée par moitié à l'ascendant survivant, et pour l'autre moitié au parent le plus proche de l'autre ligne, c'est-à-dire cinq seizièmes pour la mère et autant pour l'oncle paternel.

Mais nos auteurs ne trouvent pas cette solution conforme à l'équité. En effet, disent-ils, supposons que la mère n'ait eu droit à aucune réserve, de combien le mineur aurait-il pu disposer ? de moitié ; en sorte que la part de chacun des héritiers eut été un quart, ou quatre seizièmes, tandis que la présence du réservataire porte cette part à cinq seizièmes. La réserve profite ainsi à des parents pour lesquels la loi ne l'a pas créée ; c'est une injustice, car cette institution n'a été établie qu'en considération des liens très étroits qui unissent les ascendants et les descendants ; eux seuls peuvent s'en réclamer, et elle ne doit pas s'étendre au delà de ces deux ordres.

Pour rétablir l'équité, ces auteurs fondent la répartition de la portion indisponible sur le raisonnement suivant : La succession étant supposée de huit, s'il y a pas de testament, en vertu de l'article 753 chaque héritier aura quatre ; si au contraire il existe un testament, la réserve étant de un quart, le testateur majeur aurait pu faire tort à l'ascendant de deux, et au collatéral de quatre ; étant mineur il ne pourra leur faire tort, au premier que de un, au second que de deux, de sorte

qu'ils obtiendront, l'ascendant d'abord sa réserve, deux, et sa part de disponible, un (2 plus 1 égale 3) ; tandis que le collatéral n'aura que deux. De cette façon, le collatéral se trouve dans la même situation que si le concours avait lieu entre deux héritiers non réservataires, et tout ce que la réserve maintient dans le patrimoine du mineur va seulement au réservataire (1).

Mais rien dans la loi n'autorise l'emploi d'un pareil procédé ; l'article 733 dit formellement : Toute succession échue à des ascendants ou à des collatéraux, se divise en deux parts *égales*, une pour la ligne paternelle, une pour la ligne maternelle ; et l'article 753, à défaut d'ascendants dans l'une ou l'autre ligne, la succession est déférée pour *moitié* aux ascendants survivants, et pour *moitié* aux parents les plus proches de l'autre ligne. Le partage doit donc être toujours fait également entre les deux lignes et avoir lieu par moitié ; rien ne peut faire fléchir cette règle. La quotité de la réserve ne dépend en effet que du nombre des héritiers réservataires et de leur qualité, celle du testateur n'y fait rien. Qu'il soit majeur ou mineur peu importe, le droit de l'héritier est le même et la réserve ne doit pas varier. La minorité du *de cujus* n'est pas un titre qui permette à l'ascendant de réclamer pour lui une plus grande bienveillance de la loi. L'incapa-

(1) Merlin, *Réserve*, § 2, n° 12. — Demante, t. IV, n° 22 *bis*, 4. — Aix, 9 juillet 1838, Sirey, 1838, 2, 505.

cité du mineur doit profiter à la succession légitime prise dans son ensemble. Tous les héritiers de la loi doivent venir sur la fraction dont le mineur est incapable de disposer, dans la proportion où ils viendraient sur la succession entière ; les articles 733 et 753 faisant la part égale entre les deux lignes, quelle que soit la différence de qualité des héritiers dans chacune d'elles, toute la part indisponible devra se partager par moitié. L'ascendant ne peut réclamer contre le partage tel que la loi le prescrit, que dans un seul cas, c'est lorsque ce procédé de partage, ne lui donne pas la fraction entière à laquelle il a droit à titre de réserve.

Par exemple, l'article 751 dit : « Si les père et mère de la personne décédée sans postérité lui ont survécu, ses frères et sœurs ne sont appelés qu'à la moitié de la succession ; » si le mineur a fait un testament, il aura pu, la quotité disponible étant de moitié, disposer d'un quart, il reste donc trois quarts à distribuer entre les père et mère et les frères et sœurs. En suivant le partage par moitié indiqué dans l'article 751, on donnerait trois huitièmes aux frères et sœurs et trois seizièmes à chacun des parents ; mais ceux-ci ont droit à une réserve d'un quart ou quatre seizièmes, que le partage ne leur donne pas ; ils prendront donc chacun, avant tout partage, leur quart de réserve, et l'excédent se partagera entre les frères et sœurs qui n'auront pas leur moitié, mais comme eux

n'ont droit à aucune réserve, ils ne pourront rien réclamer.

Ce système est conforme à l'article 915, qui s'exprime ainsi : « Les biens réservés au profit des ascendants seront par eux recueillis dans l'ordre où la loi les appelle à succéder ; ils auront seuls droit à cette réserve dans tous les cas où un partage en concurrence avec des collatéraux ne leur donnerait pas la quotité de biens à laquelle elle est fixée. » Quand donc le partage donne à l'ascendant cinq seizièmes, c'est-à-dire plus que sa réserve, il n'a pas droit de demander qu'on change pour lui la façon établie de procéder aux partages (1). Ainsi, l'ascendant ne peut pas réclamer pour lui seul tout l'avantage que sa qualité de réservataire procure à la masse indisponible.

§ II. — DEUXIÈME HYPOTHÈSE. — **L'ascendant est légataire**

Voyons maintenant un cas où cette même qualité de réservataire est un inconvénient pour l'ascendant :

Nous supposons toujours la mère, l'oncle paternel et le legs de la portion disponible ; seulement cette fois, le legs au lieu d'être fait à un étranger, est fait à la mère elle-même. D'après la répartition de la portion indisponible telle que nous l'avons faite dans l'hypothèse précédente, l'oncle paternel a pour sa part cinq

(1) Demolombe, t. 18, n° 433. — Laurent, t. 11, n° 141.

seizièmes; la portion disponible, trois huitièmes venant s'ajouter aux cinq seizièmes de la mère, feront à celle-ci un total de onze seizièmes. Or, si la mère n'avait pas eu droit à une réserve d'un quart, le mineur, au lieu de disposer de trois huitièmes, aurait pu disposer de moitié. La succession se serait répartie de la façon suivante : un quart à l'oncle paternel, un quart à la mère, plus pour celle-ci la portion disponible de moitié, ce qui lui aurait fait une part de trois quarts de la fortune du mineur, soit douze seizièmes au lieu de onze seizièmes. Elle a donc perdu un seizième par suite de sa qualité de réservataire. — Ce résultat singulier ne paraît pas admissible à M. Demolombe(1).

D'après lui, (1) le testateur en laissant à sa mère toute la portion disponible a témoigné sa volonté de l'avantager le plus possible; d'un autre côté la loi en créant pour elle une réserve, a entendu la faire profiter d'une mesure de faveur. Or, il est contre le bon sens, que deux dispositions favorables à une même personne, amènent, en s'unissant, un résultat moindre qu'une seule d'entre elles; en un mot que la loi retourne contre la mère, la mesure qu'elle a prise dans son intérêt. Pour éviter ce résultat, notre auteur propose le moyen de répartition suivant : La mère prendra d'abord son legs, trois huitièmes, ensuite sa réserve deux huitièmes puis les trois huitièmes res-

(1) Demolombe, t. 18, n° 435, II.

tant, elle les partagera avec le collatéral proportionnellement à ce que chacun d'eux aurait pris dans la quotité disponible si le mineur n'avait pas testé. Le collatéral qui aurait eu droit à la moitié du tout, ou aux deux tiers de la quotité disponible, prendra deux huitièmes et la mère un huitième, puisque le tiers de la quotité disponible ajouté à sa réserve forme l'autre moitié. De la sorte, la mère se trouverait avoir trois huitièmes, plus deux huitièmes, plus un huitième, en tout trois quarts ou douze seizièmes et non plus seulement onze seizièmes; le collatéral aurait seulement un quart ou quatre seizièmes au lieu de cinq seizièmes.

Ce système est la négation absolue de la solution précédemment adoptée; tous les arguments dirigés contre la théorie qui ne veut faire profiter que le réservataire, de tous les avantages que sa présence apporte à la masse indisponible, sont applicables ici. Le système proposé par M. Demolombe est, en effet, contraire aux articles 733 et 753: de plus, il a l'inconvénient de donner une part plus grosse ou moins grosse au collatéral, suivant que le légataire est un étranger ou un ascendant. C'est donc une exception arbitraire à la règle générale plus haut adoptée par nous, exception qui ne peut se soutenir que par des raisons de sentiment, analogues à celles de nos adversaires dans l'hypothèse précédente. La mère ne doit pas prendre *ab intestat* une part plus grosse quand

elle est légataire du disponible que quand elle ne l'est pas ; l'admettre serait reconnaître au mineur, quand il teste en faveur d'un ascendant réservataire, une portion disponible plus considérable que moitié de ce dont peut disposer le majeur, ce qui est contraire à l'article 904 (1).

Il faut donc choisir entre deux théories absolues ; ou bien le collatéral ne peut jamais tirer profit du concours d'un réservataire, ou bien, dans tous les cas il partage également avec lui, conformément aux articles 733 et 753, sans qu'on ait à s'inquiéter si la masse partageable aurait été moins grosse, au cas où il n'y aurait pas eu de réservataire. Nous avons déjà donné toutes les raisons qui nous font nous rattacher à ce second système.

TROISIÈME HYPOTHÈSE. — Examinons encore une hypothèse.

Le mineur laisse un frère et un aïeul, le frère hérite seul de tout à l'exclusion de l'aïeul ; seulement, il n'a droit à aucune réserve, et il peut par testament du mineur, se voir enlever la moitié des biens. Supposons maintenant qu'il renonce à la succession, l'aïeul va se trouver appelé ; mais lui a droit à une réserve d'un quart, et sa présence comme héritier, diminue la quotité disponible du mineur qui sera de trois hui-

(1) Laurent, t. XI, n° 151. — Aubry et Rau, t. V, p. 688, note 5.

tièmes au lieu de quatre huitièmes. Le legs de la moitié du patrimoine devra donc être réduit. Cette réduction permettra aux héritiers légitimes de faire le calcul suivant : soit une fortune de 800,000 francs, et un legs de toute la portion disponible, si le frère vient à la succession, la part indisponible sera de 400,000 francs; si au contraire c'est l'aïeul elle sera de 500,000 francs. L'aïeul, exclu pour le tout par le frère, proposera alors à ce dernier de lui céder son rang et de renoncer en sa faveur à la succession.

Il remboursera au frère les quatre cent mille francs, et tous deux partageront les cent mille francs, dont la présence d'un héritier réservataire a privé le légataire. Chacun des deux héritiers aura ainsi un bénéfice net de cinquante mille francs.

CHAPITRE V

Capacité des mineurs de disposer à titre gratuit en cas de mariage.

L'exception à l'incapacité des mineurs, prévue par l'article 903, comprend-elle toutes les dispositions entre vifs ou testamentaires qui peuvent avoir lieu entre époux ou futurs époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, ou seulement les donations par contrat de mariage ?

Dans le premier sens, on dit que l'article 903 sur l'incapacité des mineurs, fait une exception à propos de ce qui est réglé au chapitre ix du présent titre. Le chapitre ix traite du droit de disposer entre époux; soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage; Quand donc ce sera en faveur de son époux que le mineur testera, il n'y aura pas lieu d'appliquer les articles 903 et 904 (1). Ce système donne trop d'import-

(1) Delvincourt, t. 2, p. 407. note 9. — Vazeille, *Don. et test. sur l'art. 904*, n° 2. — Saintespès Lescot, *Don et test.*, t. I, n° 173.

tance à l'exception mentionnée par l'article 903 ; elle ne signifie pas que l'incapacité n'existe plus, quand il s'agit de matières réglées au chapitre ix, mais seulement qu'il existe au chapitre ix une exception à l'article 903. Cet article ne vise que l'article 1095, qui rend le mineur capable de disposer par contrat de mariage comme un majeur. L'article 1095 est en effet le seul, au chapitre ix, à s'occuper des mineurs ; l'exception qu'il apporte à la règle générale de leur incapacité, doit donc être aussi la seule qu'on puisse tirer de ce chapitre.

Comme cet article est exceptionnel, il faut s'en tenir rigoureusement à ses termes : il est ainsi conçu : « Le mineur ne pourra par *contrat de mariage donner* à l'autre époux... etc. ; » cet article permet donc une dérogation à l'article 903 en ce qui concerne la donation par contrat de mariage ; mais il s'en tient là et n'en permet aucune autre, ni pour la donation simple, ni pour le testament, puisqu'il laisse de côté ces deux modes de disposition. Cette différence de régime est fort compréhensible ; le contrat de mariage a lieu très souvent pendant la minorité d'un des deux futurs époux, il doit précéder la célébration, et ses effets se prolongent aussi longtemps que le mariage lui-même. Ne pas donner au futur époux mineur la même capacité qu'au majeur, serait dans bien des cas un obstacle à la formation des mariages que la loi doit tendre au contraire à favoriser. Tout danger pouvant provenir

du défaut de maturité de l'esprit chez le mineur, se trouve écarté par l'assistance obligatoire des personnes dont le consentement est requis pour la validité du mariage. En réalité les parents eux-mêmes feront le contrat. D'un autre côté, les donations et les testaments ont une importance bien moindre que les dispositions du contrat de mariage ; ils peuvent être faits au cours du mariage et il n'y a pour ainsi dire pas de péril à les reculer jusqu'à l'époque de la majorité (1).

Autre question : Quand le mineur aura fait par contrat de mariage une donation à son conjoint ; cette donation devra-t-elle s'imputer sur la portion dont le mineur a droit de disposer par testament ?

Les partisans de l'affirmative disent que toute disposition à titre gratuit doit s'imputer sur la quotité disponible et ne pas attaquer la fraction indisponible, c'est la règle pour les majeurs, il doit en être de même pour les mineurs. En conséquence, le mineur propriétaire de cent mille, qui a déjà donné vingt mille par contrat de mariage, ne pourra plus tester que pour trente mille. Nous n'admettrons pas cette opinion, car l'indisponibilité du mineur n'est pas la même chose que la réserve ; celle-ci ne peut jamais être entamée puisqu'elle provient d'un *droit* de l'héritier réservataire sur la succession de son descendant ou de son ascendant. L'in-

(1) Bordeaux, 18 décembre 1866. — Laurent, t. 11, n° 142. — Demolombe, t. 18 n° 417.

disponibilité du mineur résulte, au contraire, d'une incapacité personnelle au sujet; la loi lui défend de disposer par testament de plus de moitié de son patrimoine, parce que son jugement ne lui paraît pas assez développé. Mais quand il s'agit de contrat de mariage, la loi, estimant l'acte suffisamment entouré de garanties, relève complètement le mineur de son incapacité, et lui permet de disposer comme pourrait le faire un majeur. Lors donc qu'il a donné vingt mille à son conjoint, son pouvoir était sans limite; il n'y avait rien qui fut disponible ou indisponible, et on ne saurait invoquer contre le testament, le fait, par le mineur, d'avoir exercé librement son droit de disposer par contrat de mariage. La limitation au droit de disposer n'existe, d'ailleurs, que pour le testament, et ce serait l'étendre à un mode de disposition qui doit rester libre, que de retrancher de la faculté de tester toute la quotité donnée par contrat de mariage. Le chiffre de la donation restera donc en dehors du calcul de la masse, dont la moitié forme la capacité de tester du mineur. Il avait cent mille francs; il donne par contrat vingt mille, il lui reste donc quatre-vingt mille et la capacité de tester pour moitié, c'est-à-dire quarante mille, et non pas trente mille.

Si le testateur a encore son père et sa mère, il n'aurait pu disposer majeur que de cinquante mille; il pourra, quoique mineur, disposer par contrat de mariage jusqu'à concurrence de la même somme. S'il

dispose ainsi de tout, il n'aura plus, de même que le majeur, de biens sur lesquels il puisse tester, mais s'il donne seulement trente mille il lui restera vingt mille : nos adversaires lui enlèveraient tout droit de disposer par testament, car plus de moitié de la quotité disponible est déjà aliénée. Mais nous, nous recherchons de combien peut disposer le majeur : il y a une réserve de cinquante mille, une donation antérieure de trente mille, il pourra tester pour vingt mille. Le mineur qui a droit de tester pour la moitié, non pas de la quotité disponible, mais de ce dont un majeur peut disposer par testament, sera, par suite, capable de tester pour dix mille (1).

(1) Demolombe, t. 18, n° 438.

TROISIÈME PARTIE

CHAPITRE PREMIER

Incapacité de disposer à titre gratuit résultant d'une condamnation criminelle.

§ I. — Condamnations qui portent atteinte à la capacité civile.

A toutes les époques les condamnations pénales ont exercé une influence sur la capacité civile des condamnés. Comme autrefois, elles amènent encore des restrictions, ou même des suppressions de droit, qui résultent, ou bien de l'indignité de la personne, ou bien de l'incompatibilité entre la peine, d'une part, et l'exercice ou la jouissance des droits, de l'autre. Le droit de disposer à titre gratuit est dans l'ordre civil, un des premiers atteints ; il peut être, ou simplement restreint, ou complètement supprimé, suivant la nature de la peine ; ce qui nous amènera à distinguer entre les condamnations à une peine temporaire et les condamnations à une peine perpétuelle.

Cette incapacité de disposer participe aussi, ou du moins a participé, et du caractère infamant de la condamnation, et de l'incompatibilité avec l'exécution de la peine. A Rome, le testament étant un droit public, se trouvait défendu aux personnes qui avaient subi certaines condamnations infamantes. De plus, les condamnations à des peines perpétuelles entraînant confiscation, dépossédaient le condamné de ses biens ; le maintien du testament aurait donc été incompatible avec la peine de la confiscation et il tombait également.

Toutes les incapacités qui atteignaient à Rome le condamné à une peine perpétuelle, étaient comprises dans la *media* ou *maxima capitis deminutio*. Dans l'ancien droit, et jusqu'en 1854, une seule institution, la mort civile, représentait aussi l'ensemble des mesures qui affectaient la capacité civile des condamnés à des peines perpétuelles. Ces deux institutions avaient un point commun, elles anéantissaient la personne juridique. De nos jours nous n'avons plus d'institution dont la généralité corresponde à la *capitis deminutio*, ou à la mort civile ; il nous faudra donc prendre une à une les différentes incapacités des condamnés, pour étudier celles qui rentrent dans le cadre de notre étude.

Les condamnations qui portent atteinte à la capacité de droit dont jouit tout citoyen sont les suivantes :
1° La condamnation à la dégradation civique comme peine principale ou accessoire ? 2° La privation des droits

civils, civiques et de famille, énumérés dans l'article 422 C. p. Elle a les mêmes effets que la dégradation civique et ne touche pas aux droits du patrimoine. Ses effets sur la capacité civile, sont limités à l'interdiction de certains actes qui se rapprochent beaucoup du droit public, (droit de voter dans les conseils de famille, de témoigner en justice ou dans les actes publics), et à celle de certaines fonctions comme celles de tuteur ; 3° Les condamnations à temps aux travaux forcés, à la détention ou à la réclusion, toutes trois peines criminelles ; elles entraînent avec elles l'interdiction légale.

Par cette interdiction le condamné se voit enlever pendant la durée de sa peine, l'administration de ses biens, et se trouve privé de la jouissance de ses revenus. La perte de sa liberté était déjà un obstacle matériel à cette administration ; la loi y ajoute une impossibilité légale, en rendant l'interdit incapable de faire les actes qui concernent son patrimoine. Mais comme il ne fallait pas que les biens, quand le condamné en avait, restassent à l'abandon, l'article 29 C. p. a organisé pour eux un système de protection. Un tuteur est nommé, chargé de veiller à la conservation de la fortune, et de pourvoir aux besoins de la famille de l'interdit ; c'est lui qui fera tous les actes que ce dernier ne peut plus faire. Mais sa fonction n'est pas seulement de protéger, elle est aussi d'empêcher que le condamné ne jouisse d'aucune

partie de ses revenus. Par l'administration du tuteur, on évite ainsi les effets du délaissement des biens par leur propriétaire et en même temps, par cet arrêt des revenus et l'incapacité de s'obliger sur ses biens dont est frappé le condamné, celui-ci ne peut plus se procurer aucune ressource de l'extérieur, ni briser par là l'égalité de traitement qui doit être la règle pour tous les individus condamnés à une même peine ;

4° Enfin les condamnations à des peines perpétuelles, qui ajoutent à l'interdiction légale certaines incapacités particulières notamment celles de disposer et de recevoir à titre gratuit.

§ II. — De l'interdiction légale.

Voyons maintenant ce que sont ces incapacités, et jusqu'où elles s'étendent. Nous laisserons de côté les premières, pour nous en tenir à celles qui ont trait à la faculté de disposer des biens. D'abord l'interdiction légale, jusqu'où s'étend elle, et à quels actes s'applique-t-elle ? Doit-on la restreindre à tout ce qui n'est qu'administration, en laissant les droits de disposition à l'interdit ? ou doit-on au contraire en faire l'application la plus large, en enlevant à ce dernier la capacité de faire aucun acte juridique ?

Il s'est formé trois opinions distinctes.

1^{er} SYSTÈME. — Dans la première, l'interdiction

légale n'est qu'un ensemble de mesures prises pour suppléer à l'impossibilité où se trouve le condamné de gérer lui-même sa propre fortune, et pour empêcher ce dernier de toucher aucune portion de ses revenus; elle n'a donc trait simplement qu'à l'administration. Suivant Toullier (1), et Chauveau et Faustin Hélie (2), la loi n'a pas voulu que les biens restassent à l'abandon; elle a organisé pour eux tout un système de protection et de surveillance, avec tuteur, subrogé tuteur, et obligation pour ces derniers de rendre compte de leur gestion au condamné libéré. Quant aux droits de disposition à titre onéreux ou à titre gratuit, ils n'ont été donnés à personne; ils restent donc dans les mains de leurs titulaires, qui continuent à être capables, de vendre, de donner, de tester, etc., et qui ont seuls le droit d'accomplir ces actes. Leur incapacité se réduit aux droits que le tuteur doit exercer pour eux, c'est-à-dire à l'administration. Il est vrai que tandis que les articles 29 et 30, C. p. donnent à la tutelle, des effets conformes à l'intérêt du condamné, l'article 31 en crée un, qui lui est contraire, en empêchant que ses revenus ne lui soient remis; mais c'est là une peine particulière que la loi n'a pas entendu étendre. L'atteinte à la capacité même de la personne n'est pas écrite dans la loi, et elle n'en peut pas être

(1) Toullier, t. VI, n° 111.

(2) *Théorie du Code pénal*, t. I., p. 211.

déduite implicitement. La privation de jouissance des biens, n'entraîne pas nécessairement celle des droits civils; ce serait une peine nouvelle ajoutée à la peine principale, et cette aggravation ne peut pas exister sans un texte spécial. L'incapacité de disposer ne ressort pas suffisamment de l'article 29 qui dit seulement que l'administration du patrimoine sera confiée à un tuteur. D'ailleurs le projet de code pénal de 1791 portait, que le condamné, pendant la durée de sa peine, ne pourrait exercer aucun droit civil. Ces termes si explicites n'ont pas été maintenus dans le texte définitif, c'est donc bien que le législateur n'a pas entendu priver l'interdit légalement de ses droits civils.

2^e SYSTÈME.— Dans la seconde opinion soutenue par Duranton (1) et Boitard (2), l'interdit légalement est incapable de tous les actes civils. Il ne peut ni s'obliger, ni donner, ni tester, car l'interdiction c'est la privation d'exercice de tous les droits civils; et comme l'article 29 c. p. renvoie au chapitre du code civil sur l'interdiction judiciaire, l'interdit légalement ne peut pas avoir plus de capacité que l'interdit judiciairement. De plus, les articles sur l'interdiction règlent de quelle façon le patrimoine du condamné sera surveillé et administré: c'est le tuteur qui doit seul faire les actes d'administra-

(1) Duranton, t. VIII, n° 181.

(2) Boitard, *Droit pénal*, p. 188.

tion et les aliénations nécessaires; il doit prendre toutes les mesures qu'il juge conformes à la conservation des biens, et ne pas être troublé dans sa gestion par l'ingérence du condamné, qui, par des aliénations et des dispositions arbitraires, pourrait rendre impossible les fonctions de tuteur.

3^e SYSTÈME. — Ces deux doctrines renferment une part de vérité et une part d'exagération. La première va trop loin en disant que l'interdiction légale n'atteint jamais la capacité de disposer, et la seconde en soutenant qu'elle l'anéantit entièrement. Par cela même qu'elle est une interdiction, elle porte sur la capacité; elle enlève toute validité aux actes faits par l'interdit, et qui sont incompatibles avec l'administration du tuteur ou l'accomplissement de la peine; mais elle ne porte que sur ceux-là, car ce n'est que dans cette limite que l'interdiction a sa raison d'être. Tous les actes qui ne sont en opposition, ni avec l'administration du tuteur, ni avec la peine restent permis au condamné.

La seconde doctrine nous dit que l'interdiction légale doit avoir la même extension que l'interdiction judiciaire, mais nous avons déjà vu que bien des incapacités qui frappent l'interdit judiciairement, résultent plutôt de son état de fait, de la folie, que de l'interdiction elle-même. Dans un intervalle lucide, l'interdit peut se marier, tester, nous avons même été jusqu'à dire qu'il peut donner entre vifs; c'est donc que l'inter-

diction n'a pas d'effet sur ces différents droits. Et même dans l'opinion qui n'admet pas pour l'interdit judiciairement la capacité de tester dans les intervalles lucides, on peut dire que l'interdit légalement peut, lui, tester et se marier.

Il n'y a, en effet, aucune nécessité d'assimiler complètement ces deux institutions; elles portent le même nom, mais visent des situations tout à fait différentes. Les incapacités de l'interdiction judiciaire résultent d'un manque de confiance dans la solidité du jugement de l'interdit. Si on annule le testament et les donations de celui-ci, c'est parce qu'on suppose qu'ils ne sont pas l'expression d'une volonté saine, et qu'en matière d'hérédité, quand le propriétaire n'a pas exprimé sa volonté, ou qu'il n'a pas pu le faire valablement, c'est l'ordre légal des successions qu'on doit suivre.

Les incapacités de l'interdiction légale, au contraire, résultent d'une idée de peine; il ne faut pas que le condamné puisse jouir, pendant qu'il purge sa condamnation, des avantages résultant de sa position de fortune. Aussi, dans un cas, on annule tout ce qui est le fait de l'interdit, sans distinguer entre les actes favorables ou défavorables; mais la loi prend des mesures pour que la privation d'exercice des droits n'entraîne pas pour lui une privation de jouissance. Dans l'autre, la loi, sans s'occuper de l'auteur de l'acte, prohibe tout ce qui pourrait devenir pour le condamné

un moyen d'évasion, ou, suivant l'expression d'un des auteurs du Code, un moyen de transformer « un séjour d'humiliation en un théâtre de joie et de débauche » (1).

On ne devra donc faire rentrer dans les incapacités de l'interdiction légale que les actes qui procureraient à l'interdit, pendant sa peine, un avantage pécuniaire quelconque, ou qui se trouveraient en opposition avec les pouvoirs donnés par la loi aux tuteurs. En aliénant ses biens ou en contractant une obligation sur eux, le condamné se procurerait de l'argent, et en admettant qu'il ne touche ni le prix de son aliénation, ni le montant de son emprunt, il pourra cependant, en contractant soit avec ses gardiens, soit avec ses co-détenus, être l'objet de complaisances que réprouve la loi. De même, la donation, parce qu'elle est irrévocable, pourrait lui permettre de tourner l'article 31 du Code pénal.

Les aliénations à titre onéreux ou gratuit et les obligations doivent donc être annulées. Tous les actes d'administration le seront comme incompatibles avec les pouvoirs du tuteur. Mais que dire du testament, du mariage et des autres actes qui, soit par leur caractère révocable, soit parce qu'ils ne roulent que sur des intérêts moraux et non pécuniaires, ne mettent dans les mains du condamné aucune ressource ?

(1) Treilhard, Loqué, t. 29, p. 208.

Pour nous en tenir au testament, c'est un acte qui n'a aucun effet immédiat ; il est subordonné à la mort de son auteur, et l'espérance d'un gain à si longue échéance, sera un bien faible moyen de corruption. De plus il est révocable *ad nutum*, et l'individu qui accepterait de procurer un avantage immédiat contre la promesse d'un legs, ferait un marché de dupe, puisqu'il dépendrait de la volonté du testateur de ne pas remplir ses engagements. Le testament ne peut donc jamais devenir, ni un moyen d'évasion, ni un moyen d'escompter la fortune, dont la jouissance est enlevée à l'interdit. D'autre part, c'est un acte essentiellement personnel, pour lequel la représentation du tuteur n'est pas admise ; il n'est donc pas en opposition avec les pouvoirs de celui-ci. Il ne cause aucun trouble à son administration, puisque ses effets ne commencent que lorsque la tutelle a pris fin. Enfin la santé d'esprit de l'interdit légalement n'est pas mise en question, et lui défendre le testament par analogie avec ce qu'on prétend être le caractère de l'interdiction judiciaire serait une rigueur inutile. Si maintenant nous examinons les textes du Code civil, nous voyons que, ni au titre du mariage, ni à celui des donations entre vifs et des testaments, l'interdiction légale n'est mise au nombre des causes de nullité. Bien plus, la loi de 1854, en réglant la condition des condamnés à des peines perpétuelles, dit qu'ils seront en état d'interdiction légale, et qu'en outre ils

ne pourront tester. C'est donc que l'incapacité de tester ne résulte pas de l'interdiction légale. D'après notre avis, l'interdit légalement reste capable de tester, de semarier, de reconnaître un enfant naturel, mais sans pouvoir disposer entre vifs, à titre gratuit ou à titre onéreux. Ce système mixte est celui de Merlin, de Demolombe, d'Aubry et Rau (1), il a été confirmé par deux arrêts, un de la Cour de Rouen du 28 décembre 1822, et un de la Cour de Nîmes, du 16 juillet 1835 (2), qui ont admis la validité du testament du condamné interdit.

§ III. — **Le condamné par contumace est-il en état d'interdiction légale ?**

L'interdiction légale est un accessoire de la peine, elle dure aussi longtemps qu'elle, mais ne lui survit pas. Tandis que la dégradation civique est permanente, ou ne prend fin qu'en cas d'amnistie ou de réhabilitation, l'interdiction légale cesse par la grâce et par toutes les causes qui suspendent l'exécution de la peine. Son sort est lié à celui de la peine, et quand celle-ci n'est pas exécutée l'interdiction n'existe pas. C'est ce qui arrive en cas de condamnation par contu-

(1) Merlin. *Questions de droit, Testament*, § 3 bis. — Aubry et Rau, t. I, § 85, — Demolombe, t. I, n° 192.

(2) Sirey, 1823, 2, 179 et 1835, 2, 485.

mace. Ce dernier point n'est cependant pas admis par tous. M. Bertauld (1), et Demante (2), soutiennent que le contumax est en état d'interdiction légale. Cependant, sur la fin de sa vie, M. Demante est revenu à l'opinion contraire. Voici leurs principaux arguments : — 1° Dans la discussion de la loi du 31 mai 1854, le rapporteur de la commission, M. Riche (3) disait que l'interdiction légale devait s'appliquer aux contumax ; — 2° L'article 29 C. p. ne fait, au point de vue de l'interdiction, aucune différence entre les condamnations contradictoires et par contumace ; — 3° Si l'article 471 I. c. met les biens du contumax sous sequestre, au lieu d'ordonner la nomination d'un tuteur, c'est que la loi redoutait que, malgré sa défense, la famille ne fit parvenir au condamné en fuite, les revenus de sa fortune. Mais on ne saurait tirer de cette décision de la loi, la preuve que le contumax n'est pas privé de l'exercice de ses droits civils ; — 4° Dans son article 5, la loi de 1854 décide que tous les condamnés en état de mort civile au jour de sa promulgation, seront soumis à l'interdiction légale. Or, la mort civile s'appliquait aux contumax 5 ans après leur condamnation, l'interdiction légale doit donc également les atteindre en vertu de cet article 5.

(1) *Revue pratique*, t. III, p. 241 et t. V, p. 131.

(2) T. I. p. 146, n° 72.

(3) Rapport du 24 avril 1854.

L'autre opinion, à laquelle nous nous rattachons a été défendue par MM. Duranton (1) et Demolombe (2).

I. — Elle s'appuie, en premier lieu, sur l'article 29 C. p. « Le condamné sera, *pendant la durée de sa peine*, en état d'interdiction légale. » Le contumax ne subit pas sa peine, l'article 29 ne lui est donc pas applicable. M. Bertauld objecte que les mots « pendant la durée de la peine » ont deux sens, 1° pendant que le condamné purge sa peine ; 2° tant que la peine n'est pas prescrite, et il prétend que c'est à ce dernier sens qu'à pensé le législateur. Cette explication n'est pas admissible, il n'y a de peines que celles qu'on subit ; en outre, l'article 30 C. p. qui continue l'idée de l'article 29, s'exprime ainsi : « Les biens du condamné lui seront remis après qu'il aura *subi* sa peine. » C'est donc bien la peine effective que le législateur a eu en vue, et non pas la durée de la prescription.

II. — Le but de l'interdiction, comme le montrent les paroles de Treilhard plus haut citées, a été d'assurer l'efficacité de la peine. Elle est donc inutile quand celle-ci s'exécute pas.

III. — Les biens du contumax sont soumis à un régime spécial qui permet de se passer de l'interdic-

(1) *Revue pratique*, t. V, p. 5.

(1) T. I, n° 9, Appendice relatif à la loi de 1854.

tion ; ils sont dit le code d'instruction criminelle, mis sous séquestre. C'est l'administration des domaines qui en prend possession et qui en perçoit les revenus ; le propriétaire en est dépouillé tant qu'il ne se représente pas, ce qui est un moyen de le contraindre à faire opposition. Le séquestre dure aussi longtemps que la peine n'est pas prescrite.

On objecte que, sans l'interdiction, le contumax peut vendre la nu-propriété de ses biens et se procurer par là des ressources. C'est, il est vrai, un inconvénient, mais le législateur ne l'a pas prévu. La loi aurait pu, sur ce point, donner une plus forte sanction aux condamnations par contumace, et il est permis avec MM. Aubry et Rau (1), de regretter qu'elle ne l'ait pas fait. Mais elle avait, par l'article 28 C. c., exprimé sa volonté d'interdire l'exercice des droits civils au condamné par contumace, pendant les cinq années qui précédaient la mort civile ; et elle ne l'a pas exprimé à nouveau dans le code pénal, en s'occupant soit de l'interdiction, soit des contumax en général. L'interprète ne doit donc pas aller plus loin que le législateur dans la voie de la sévérité.

IV. — En ce qui concerne les peines perpétuelles, la loi de 1854 n'ayant pas reproduit l'article 28 du code civil, on peut supposer qu'elle l'a abrogé. Les partisans de la doctrine adverse invoquent le rapport de M. Riché ;

(1) T. I, §. 85.

nous leur répondrons par les paroles prononcées par M. Rouher, le ministre d'Etat, lorsqu'il présenta au Corps législatif la loi que venait de rédiger le conseil d'Etat. « Si la condamnation a été prononcée par contumace, comme le condamné n'expie pas sa peine, et échappe, au contraire, à l'action de la loi, l'interdiction légale ne reçoit pas son application. »

§ IV. — **A quel moment commence l'interdiction légale ?**

Nous avons vu que l'interdiction légale était l'accessoire de la peine et non de la condamnation, qu'elle finissait avec elle, et ne se produisait pas si la peine restait inexécutée. On en pourrait conclure que l'interdiction légale commence seulement avec l'exécution de la peine, et cela, avec d'autant plus d'apparence de raison, que l'article 26 C. c. faisait commencer la mort civile à cette même époque. Cependant ce n'est pas la solution que nous donnerons. Si la mort civile ne datait que du jour de l'exécution de la peine, c'est que l'article 26 le décidait expressément. Aucune décision semblable n'est intervenue pour l'interdiction légale ; il faut donc s'en tenir pour elle aux règles générales. L'article 23 c. p. décide que les peines principales et accessoires datent de la condamnation devenue définitive ; or, on ne saurait nier que l'interdiction légale, qui entraîne une privation de droits, ne soit une peine.

Nous avons encore la loi du 31 mai 1854, qui nous dit, dans son article 2, « Les *condamnations* à des peines afflictives perpétuelles emportent la dégradation civique et l'interdiction légale. » De ces deux textes, qui ne sont d'ailleurs en opposition avec aucun autre plus spécial, il résulte clairement que c'est la condamnation qui entraîne l'interdiction, et non la peine.

CHAPITRE II

Incapacité résultant d'une condamnation à une peine perpétuelle.

I. — MORT CIVILE.

Nous avons dit que, pour les condamnés à une peine perpétuelle, des incapacités spéciales venaient s'ajouter à l'interdiction. C'est qu'en effet ces condamnés étaient, dans l'ancien droit et jusqu'en 1854, soumis à la mort civile. Cette institution a laissé de profondes traces dans notre législation; il est donc juste, pour bien connaître le caractère de notre système sur les incapacités qui résultent des condamnations à des peines perpétuelles, de savoir ce qu'était la mort civile.

§ I. — Quand la mort civile était encourue?

La mort civile était l'anéantissement de la personne juridique du condamné; quoique vivant réelle-

ment, l'individu frappé par cette mesure était considéré par la loi comme n'existant plus, et tous les phénomènes juridiques qui se produisent à la mort réelle de quelqu'un, se produisaient également à sa mort civile. Elle résultait de la condamnation à la peine de mort, aux travaux forcés à perpétuité, à la déportation perpétuelle. A partir de la loi du 3 juin 1850 la peine de la déportation n'entraînait plus mort civile. La mort civile ne prenait pas date du jour de la condamnation, mais du jour de l'exécution de la peine (art. 26, C. c.) en cas de condamnation contradictoire; et si la condamnation avait lieu par contumace, elle se produisait cinq ans après l'exécution par effigie. C'était donc toujours la peine dont elle était l'accessoire, qui lui servait de point de départ.

Le rapprochement de l'article 26 avec l'article 23, d'après lequel la condamnation à la mort naturelle entraîne mort civile, rend difficile de fixer le moment où commence la mort civile, si l'exécution a lieu. En effet, commençant avec la peine, elle ne trouvera plus son application, puisque le condamné, au moment même où elle devrait se produire, aura déjà cessé d'exister réellement. C'est ce qui fait dire à M. Demolombe, que la condamnation à mort n'entraînait mort civile, que lorsque l'exécution se faisait par effigie (1). Cependant comme le testament du condamné exécuté

(1) Demolombe, t. I, n° 136.

réellement était annulé par la loi. On a cherché à expliquer que la mort civile avait un effet rétroactif. Duranton (1) disait que la mort civile a précédé d'un instant de raison la mort naturelle; Aubry et Rau (2) prenant à la lettre l'article 26, disent que la mort civile commence non pas au moment de l'exécution, mais au commencement du jour de l'exécution.

Elle ne résulte pas suivant eux de la peine, mais de la condamnation; ce système permet d'expliquer les effets de la mort civile antérieurs à l'exécution. Les peines accessoires, disent ces auteurs, ne sont pas nécessairement concomittantes à la peine principale; ainsi la dégradation civique, accessoire d'une autre peine, date toujours de la condamnation devenue définitive, sans qu'on puisse dire que l'effet précède la cause.

Si donc l'article 26 fait partir la mort civile du jour de l'exécution, c'est que la loi a voulu faire de l'exécution de la peine une condition de la mort civile. Cette dernière n'a pas lieu tant que la peine ne s'exécute pas, mais une fois qu'elle est exécutée, tous les effets en sont rétroactivement reportés au premier instant de la journée; car c'est dans la condamnation et non dans l'exécution de la peine que la mort civile trouve sa cause. Quoi qu'il en soit, nous verrons plus loin que la mort civile est impuissante à expliquer la

(1) Duranton, t. I, n° 261.

(2) Aubry et Rau. t. I, § 81.

nullité du testament, non-seulement des condamnés à mort, mais de tout condamné à une peine perpétuelle.

§ II. — Effets de la mort civile.

1^o NULLITÉ DU TESTAMENT.

« Par la mort civile le condamné perd la propriété de tous les biens qu'il possédait; sa succession est ouverte au profit de ses héritiers, auxquels ses biens sont dévolus de la même manière que s'il était mort naturellement et sans testament. (Art. 25, C. c.). »

La mort civile annule donc le testament du condamné, mais sans rendre ce dernier incapable de laisser une succession *ab intestat*. D'où vient cette distinction entre les deux successions, testamentaire et légitime, et la préférence de la loi pour cette dernière ?

Dans un premier système, on dit que pour qu'un testament soit valable, il faut que son auteur ait eu au jour de la confection, la jouissance et l'exercice du droit de tester, et qu'au jour de la mort il possède encore au moins la jouissance, c'est-à-dire le droit d'avoir un testament. C'est ce qui avait lieu à Rome où le testament, quoique fait par un individu capable, devenait *irritum* quand le testateur, entre l'époque de la

rédaction et celle de sa mort, subissait une *capitis diminutio* qui lui enlevait la *factio testamenti*. M. Duranton (1), prétendait faire admettre cette règle romaine en droit français. La mort civile, disait-il, entraîne privation de la jouissance des droits civils; quand donc le condamné a encouru cette peine, il perd le droit d'avoir un testament. S'il en a fait un à une autre époque, comme la capacité doit exister au jour de la rédaction et au jour de l'ouverture de la succession, et qu'à ce dernier jour la capacité n'existe plus pour le mort civilement, ce testament n'aura plus de valeur.

Mais de la sorte, la mort civile n'est plus l'image de la mort naturelle, elle enlève leurs droits à des personnes qu'elle n'a pas encore frappées. C'est, dit-on, au dernier moment de sa vie, que le testateur doit posséder le droit d'avoir un testament, or, il faut que la mort civile soit déjà encourue pour que ses incapacités se produisent, elles s'appliquent dès le premier instant, mais tant que cet instant n'est pas arrivé, la capacité subsiste. En conséquence, comme le premier instant de la mort ne saurait être antérieur au dernier moment de la vie, la nécessité d'être capable au moment de la rédaction et à celui de la mort est remplie, et la nullité du testament reste non expliquée.

En somme, attribuer la nullité du testament à cette fiction de la mort, à quelque moment qu'on la

(1) T. I, n° 248.

fasse remonter, sera toujours faire passer l'effet avant la cause. Nous avons vu d'ailleurs que le testament du condamné à mort qui a été exécuté, se trouve annulé sans que le testateur ait été frappé de mort civile, puisque l'exécution qui l'a fait se produire fait disparaître en même temps le testateur. En supposant même, comme le fait Duranton, que la mort civile devance d'un instant de raison la mort naturelle, ou comme le font Aubry et Rau, qu'elle naît avec la condamnation, mais que ses effets sont suspendus jusqu'à l'exécution de la peine, que cette exécution est une simple condition suspensive, qui, une fois remplie, laisse tous les effets de la mort civile se produire avec rétroactivité. En quoi cela explique-t-il la nullité du testament? La mort civile a-t-elle donc plus de puissance que la mort naturelle, qui empêche bien tous les actes dans l'avenir, mais qui laisse leur valeur à tous les actes passés? Si le législateur avait entendu faire une application rétroactive de la mort civile, il n'aurait pas dû s'en tenir au testament, mais défendre également toute dévolution *ab intestat*, puisque la mort civile a ces deux effets. S'il ne l'a pas fait, c'est donc que la nullité ne provient pas d'un effet rétroactif de la mort civile, et il faut en chercher la cause ailleurs.

Cette cause de nullité est dans l'infamie qui s'attache à tout condamné à une peine perpétuelle. C'est ce que nous dit Pothier (*Personnes*, part. I, t. III, sect. III); et

ce qui le confirme, c'est que la mort civile résultant de la profession religieuse n'annulait pas le testament (1).

« Si le religieux a fait un testament, son testament est
« confirmé par sa profession religieuse comme il
« l'aurait été par sa mort naturelle. »

La mort civile annulait-elle l'institution contractuelle ? L'article 25 C. c. ne parle pas des donations, on peut donc conclure que toutes celles faites avant la mort civile étaient maintenues. Mais l'institution contractuelle est une donation d'un genre particulier, elle tient de la donation son caractère irrévocable, et se rapproche du legs 1° par l'époque de la transmission de propriété qui ne s'effectue qu'à la mort du donateur ; et 2° par la condition de survie du donataire. Si le testament est annulé parce que la mort civile a pour effet de rendre celui qu'elle atteint, incapable de transmettre, au jour de son décès civil, on devra dire que l'institution contractuelle était nulle, au même titre et pour les mêmes causes que le testament. Si au contraire on admet avec nous, que la mort civile ne produisait à ce jour aucune incapacité, et que c'est l'infamie seule qui annulait le testament, comme l'institution contractuelle n'en est pas un, on devra dire que la mort civile encourue par le donateur ne la faisait pas annuler mais au contraire qu'elle donnait lieu à sa réalisation (2).

(1) Pothier, *Personnes*, t. III, sect. I.

(2) Demolombe, t. I. n° 201.

2° INCAPACITÉ DE RECUEILLIR OU DE TRANSMETTRE UNE SUCCESSION
LÉGITIME.

L'article 25 continuait : « Il (le condamné) ne peut plus ni recueillir aucune succession, ni transmettre à ce titre les biens qu'il a acquis par la suite. » Il ne pouvait plus recueillir de succession, ni transmettre à ce titre, car n'existant plus légalement, tous les liens résultant pour lui de la parenté ou du mariage se trouvaient dissous. Dans les cas où, sans la mort civile, son degré eut été appelé, la succession passait au degré suivant ; ou bien elle se partageait, à son exclusion, entre les parents du même degré ; ou encore était attribuée à ses enfants par représentation de leur père. Il était complètement assimilé au mort véritable. Mais comme il pouvait, en cas de condamnation par contumace, jouir de sa liberté et amasser ainsi quelque bien par son travail, ou même au cours de la peine se constituer un petit pécule ; ces biens, à sa mort réelle, devaient aller quelque part. Sa famille n'en profitait pas, puisqu'il n'avait plus de famille ; le pouvoir de disposer entre vifs ou par testament lui étant en outre retiré, la mainmise de l'état, par suite de déshérence, était inévitable ; c'est ce qui est confirmé par l'article 33. Cet article, dans son deuxième alinéa, ajoute : « Néanmoins, il est loisible au roi de

faire, au profit de la veuve, des enfants ou parents du condamné, telles dispositions que l'humanité lui suggérerait. »

3^e INCAPACITÉ DE DISPOSER OU DE RECEVOIR PAR DONATION OU
TESTAMENT.

Enfin, l'article 25 prononce une incapacité absolue de disposer ou de recevoir en tout ou en partie, soit par donation entre vifs, soit par testament postérieurement à la mort civile, si ce n'est pour cause d'aliments. Si dure qu'elle se montrât, la loi faisait cependant cette exception pour les aliments, car elle ne pouvait pas priver absolument de secours le condamné dont la peine était prescrite ou remise par décision gracieuse. A côté de la raison d'humanité, il s'en trouvait une sociale, pour accorder des aliments au mort civilement. Il ne faut pas qu'un individu libre de ses actions soit poussé au désespoir, quand sa famille a les moyens de subvenir à ses besoins, ou que ses amis sont prêts à lui venir en aide. Le laisser complètement sans ressources serait le rejeter dans de nouveaux crimes, qui auraient le besoin pour excuse, et qui troubleraient plus profondément la société, que ne pourrait la fortifier l'application au condamné de sa peine dans toute sa rigueur.

Cette capacité de donner et de recevoir des dons à titre d'aliments, comportait même celle de les réclamer en justice, du moins aux parents par le sang (1). Si la mort civile n'avait pas d'effet sur l'obligation d'aliments des enfants envers leurs ascendants et réciproquement, elle en avait sur les articles 206 et 212 concernant la même obligation entre époux et parents par alliance. Les devoirs résultant du mariage n'existaient plus puisque le mariage était dissous.

DE LA MORT CIVILE RÉSULTANT DES CONDAMNATIONS PAR CONTUMACE

Nous avons jusqu'ici raisonné dans l'hypothèse d'une condamnation contradictoire; mais quand la mort civile résultait d'une condamnation par contumace, elle ne se produisait que cinq ans après l'exécution par effigie. Quelle était donc pendant ces cinq années la capacité des contumax? L'article 28 nous dit, qu'ils seront privés de l'exercice des droits civils et que leurs biens seront administrés et leurs droits exercés, de même que ceux des absents. Ils perdaient donc la jouissance de leurs biens et le pouvoir d'administrer et de disposer. Cependant, le sort des actes de disposition qu'ils faisaient malgré la perte de leurs droits civils, n'était pas fixé dès l'origine. D'après

(1) Paris, 18 août 1808, Sirey, 1812, 2, 208.

l'article 28, ces actes étaient nuls; mais les articles 29 et 31, par une mesure favorable au condamné qui se représentait dans les cinq ans, ou qui mourait dans ce délai, effaçaient rétroactivement les effets du jugement par contumace. Le condamné mourait-il dans ce délai de cinq ans, il était réputé, mort dans l'intégrité de ses droits; se représentait-il, ou était-il repris, les effets du premier jugement étaient anéantis, tous les actes étaient validés et le testament s'exécutait. Quant à ce dernier point, il y avait exception si le second jugement comportait, lui aussi, une condamnation entraînant mort civile. — Le condamné laissait-il au contraire passer ce délai, les actes qu'il avait faits depuis le jugement étaient nuls; il encourait la mort civile, son testament tombait, et à la privation d'exercice des droits civils s'ajoutait pour l'avenir la privation de jouissance. Cette privation était définitive; c'est-à-dire, qu'après les cinq ans, le contumax avait beau être acquitté par un nouveau jugement, la mort civile ne s'effaçait que pour l'avenir, et les actes qu'il avait faits dans la période d'incapacité qui allait de l'expiration des cinq ans au nouveau jugement n'étaient pas validés.

§ III. — La grâce effaçait-elle les incapacités de la mort civile.

Deux modes seulement existaient de relever des incapacités de la mort civile, l'amnistie et la réhabilitation. Ces mesures effaçaient la condamnation, mais elles ne supprimaient les incapacités dans le passé que sous réserve du droit des tiers (1). La grâce, accordée aussitôt après la condamnation et avant l'exécution de la peine, empêchait la mort civile de se produire (2). Mais une fois la peine exécutée, la mort civile était encourue, et la grâce était sans effet sur elle. Une opinion s'était pourtant formée, que la grâce pouvait restituer au condamné, pour l'avenir, l'intégrité de ses droits, et que les tribunaux avaient à apprécier dans quelle mesure le chef de l'Etat avait voulu étendre sa faveur (3). La jurisprudence ne s'est pas rangée à cette opinion. Un avis du Conseil d'Etat du 8 janvier 1823 décida que la grâce ne faisait pas cesser la mort civile. La grâce est la remise de la peine principale et non des incapacités qui l'accompagnent; pour celles-ci la réhabilitation est nécessaire. Le Code d'instruction criminelle dit en effet (art. 634) : « La réhabilitation fait cesser pour l'avenir, dans la personne du condamné, toutes les incapacités qui ré-

(1) Cass., 12 nov. 1810, Sirey, 1811, 1, 70. — Cass., 1^{er} fév. 1842, Sirey, 1842, 1, 97. — Rennes, 11 mai 1847, Sirey, 1847, 2, 344.

(2) Orléans, 5 février 1847, Sirey, 1847, 2, 586.

(3) Merlin, Répert. *Mort civile*, t. 17, p. 169. — Toullier, t. 1, n° 251. — Duranton, t. 1, n° 240. — Demante, t. 1, n° 47 *bis* et 71 *bis*.

sultaient de la condamnation .» Et article 619 : « Tout condamné qui a subi sa peine ou obtenu des lettres de grâce peut être réhabilité. » L'article 634 serait inutile si la grâce avait les mêmes effets que la réhabilitation (1).

§ IV. — Restrictions apportées aux règles de la mort civile en cas de déportation.

Avant la loi de 1854, des mesures particulières étaient venues restreindre l'application de cette institution. Pour la déportation, peine politique, le Code pénal de 1810 permettait au gouvernement d'accorder, dans le lieu de la déportation, l'exercice des droits civils ou de quelques-uns de ces droits. La loi du 28 avril 1832 supprima les mots « dans le lieu de la déportation ; » de sorte que l'exercice de ces droits devait leur être reconnu partout, et même dans la métropole, où ils étaient cependant considérés comme morts. La loi du 3 juin 1850 déclara que la condamnation à la déportation n'entraînerait plus mort civile, mais seulement la dégradation civique.

(1) Rouen, 23 avril 1845. Sirey, 1846, 2, 428. — Montpellier, 17 août 1847, Sirey, 1847, 2, 583. — Nîmes, 11 janv. 1848, Sirey, 1848, 2, 119. — Cass., 10 avril 1849, Sirey, 1849, 1, 311. — Demolombe, t. 1, n° 235. — Aubry et Rau, t. 1, § 83. — Bertauld, *Cours de Code pénal*, 24^e leçon.

On discutait à cette époque la question de la complète abolition de la mort civile ; mais la difficulté de trouver, pour les condamnations perpétuelles un régime à lui substituer faisait toujours ajourner le projet. Aussi se contenta-t-on de s'occuper cette fois de la déportation et de lui faire une situation provisoire. On décida que, tant qu'une loi n'aurait pas statué sur les effets civils des peines perpétuelles, les déportés seraient en état d'interdiction légale avec exercice des droits civils dans le lieu de la déportation ; exception, en ce qui concerne ce dernier point, était faite pour les déportés dans une enceinte fortifiée. L'exercice des droits civils cessait donc d'être une concession du gouvernement pour devenir le droit commun, mais il se trouvait limité au lieu d'application de la peine. La loi cependant laissa au gouvernement la faculté de remettre par mesure de faveur, au condamné, tout ou partie de ses biens.

CHAPITRE III

II. — LOI DU 31 MAI 1854.

§ I. — **La mort civile est abolie et remplacée par la dégradation civique et l'interdiction légale.**

Lorsque le sentiment de réaction soulevé par la dureté et le caractère contre nature de la mort civile, fit enfin aboutir la loi de 1854, qui abolissait cette peine, on voulut concilier le respect de la personne humaine, complètement mis à l'écart jusque-là en ce qui concernait les condamnés, avec les déchéances et les incapacités, accessoires obligés des peines perpétuelles. Depuis cette loi, le condamné n'est plus dépouillé de son patrimoine ; sa succession ne s'ouvre pas, et lui-même conserve le droit de recueillir *ab intestat* les héritages auxquels l'appelle son degré de parenté. Il continue à faire partie de sa famille, son mariage n'est plus dissous, ses conventions matrimoniales sont

maintenues, et l'ouverture de tous les droits, qu'autrefois la mort civile faisait écheoir, est reculée maintenant jusqu'au jour de la mort naturelle. C'est seulement à cette époque que ses héritiers peuvent se présenter au partage de ses biens. Tout le temps de sa vie, c'est au nom du condamné que se font les actes d'administration de son patrimoine.

Les incapacités de la mort civile sont remplacées par la dégradation civique, l'interdiction légale, et par plusieurs incapacités particulières. Rien à dire de la dégradation civique, elle porte sur des droits publics ou politiques et se trouve la suite nécessaire d'une condamnation infamante. Quant à l'interdiction légale ou l'a trouvée insuffisante. Un tel régime, disait-on ; peut aller avec une peine qui ne soustrait que temporairement le condamné à la société, mais non avec une peine perpétuelle. L'interdiction est une mesure provisoire, par laquelle on empêche le patrimoine de se désagréger et de disparaître ; on lui conserve son individualité en le mettant sous la surveillance d'un tuteur. Celui-ci prend toutes les mesures conservatoires nécessaires, et restitue les biens à leur propriétaire, quand l'obstacle qui s'opposait à la direction personnelle de ce dernier a été levé. C'est ce qui se produit en cas de minorité et d'interdiction judiciaire, où la nomination du tuteur n'a pour but que de faire attendre l'époque de la majorité, ou de la guérison de l'esprit. Mais si cet obstacle doit être permanent et la

peine durer jusqu'à la mort de l'individu, si le condamné n'a pas l'espérance d'être remis un jour en possession de ses droits et de ses biens, à quoi bon soumettre ceux-ci à l'administration d'un tuteur, qui devra, après la mort du condamné, les restituer à la veuve et aux héritiers.

Pourquoi ne pas ouvrir, aussitôt la condamnation, le droit de ces derniers, et éviter ainsi l'intervention d'une personne qui n'a aucun intérêt à la bonne gestion du patrimoine. Le condamné, ne jouissant pas de ses revenus et ne devant jamais rentrer en possession de ses droits ni de sa fortune, n'a pas besoin qu'on lui conserve un patrimoine distinct.

C'est aux seuls héritiers que profite ou fait tort l'administration tutélaire ; c'est à eux qu'il faudra rendre compte, et c'est pour eux, en somme, qu'existent toutes les mesures de précaution prescrites par la loi, telles que nomination de tuteur, de subrogé-tuteur, de conseil de famille, etc.

Or, les héritiers ne sont atteints par aucune des incapacités qui frappent leur auteur ; ils ne sont pas comme, lui, privés de liberté, et peuvent par conséquent administrer eux-mêmes. Comme ils ont tout intérêt à la bonne gestion, et qu'eux seuls y ont intérêt, leur administration serait préférable à celle des tuteurs, et de plus ils n'auraient de compte à rendre à personne. L'interdiction légale n'a donc pas à intervenir dans les peines perpétuelles, c'est un rouage inutile.

Si au point de vue du condamné l'interdiction est inutile, dit-on encore, au point de vue de la société elle est même dangereuse.

Quels sont en effet les pouvoirs du tuteur ? Ce sont ceux d'un administrateur ; en ce qui touche les aliénations, ils sont des plus restreints, puisqu'il faut le consentement du conseil de famille et l'homologation du tribunal pour vendre les immeubles ou valeurs mobilières. Son rôle est de percevoir les revenus, d'empêcher la diminution du capital, et pour atteindre ce but, le tuteur évitera de risquer dans des opérations financières la fortune dont il a la garde. Il cherchera à l'immobiliser, préférant une sécurité plus complète à un rapport plus grand. En outre, il n'a pas le droit de disposer à titre gratuit, et comme ce droit, ainsi que nous le verrons plus loin, est enlevé au propriétaire lui-même, cette fortune, par la difficulté des aliénations à titre onéreux, et l'impossibilité des dispositions à titre gratuit, ne changera pas de mains.

Elle sera pour ainsi dire, hors du commerce et ne remplira pas sa mission, qui est, pour toute richesse de servir à la production de plus grandes richesses. On néglige cet inconvénient quand il ne s'agit de la mise hors du commerce que pour un temps relativement court ; mais quand elle doit se maintenir pendant un temps indéterminé aussi long qu'une vie humaine, qu'elle n'a pas pour contrepartie, la néces-

sité de remettre plus tard le condamné dans la position où il se trouvait avant sa condamnation, ce trouble causé à l'ordre économique par l'entrave à la circulation des biens, mérite d'être pris en sérieuse considération. On ne saurait nier ces inconvénients, mais comment les éviter? L'administration de ces biens par le condamné, se conçoit difficilement sans la liberté, et l'exercice des droits entraînerait fatalement la jouissance d'une partie des biens, ce qu'on ne saurait tolérer.

D'un autre côté, dépouiller le condamné au profit de ses héritiers; ouvrir sa succession au jour de la condamnation, et la partager entre ceux qui sont ses héritiers à ce jour, c'est rétablir la mort civile, et empêcher pour l'avenir, le condamné de profiter entièrement de sa grâce, s'il se trouve avoir mérité cette faveur. La situation serait même moins bonne encore que dans la mort civile; les héritiers au jour de la condamnation sont-ils sûrs, en effet, de l'être encore au jour de la mort? S'ils ont perdu cette qualité, ils seront tenus à des restitutions et soumis à des recours très compliqués. Il est vrai qu'en ce qui concerne la grâce du condamné, c'est là une objection de nos adversaires, à la loi 1854. L'interdiction légale est un régime trop doux, puisqu'il met le condamné qui a obtenu sa grâce, ou bien plus, qui a prescrit sa peine, dans la même situation de famille et de fortune qu'avant sa condamnation.

On peut répondre que cela n'est pas tout à fait exact, et que les incapacités de l'article 3 de la loi de 1854, persistent après remise de la peine.

D'autres ont proposé le régime des absents; il était appliqué, du temps de la mort civile, aux contumax pendant le délai de cinq années où la mort civile n'avait pas lieu. Mais au-delà des cinq ans, le régime cessait pour faire place à l'ouverture définitive du droit des héritiers. Appliquer les règles de l'absence à des condamnés, à des peines perpétuelles, c'est donner lieu à des complications plus grandes et plus inutiles que la tutelle; pendant cinq ans, durée de la présomption d'absence, les biens restent sans maître, et pendant les vingt cinq années de possession provisoire, on ne pourra ni aliéner, ni hypothéquer les immeubles. A quoi bon ces formalités! Pourquoi faire précéder l'envoi en possession définitif, d'un envoi en possession provisoire, puisque la condamnation s'exécute, qu'il n'y a pas de doute sur l'existence du propriétaire, et qu'on sait qu'on n'aura rien à rendre à ce dernier.

Aucun des systèmes opposés à la mort civile n'a donc sa simplicité ni sa logique; mais sa dureté la rendant impossible, c'est encore l'interdiction légale avec certaines aggravations, qui peut le mieux concilier le respect dû à la personne et à la propriété, avec la privation de jouissance et d'exercice des droits civils.

§ II. — Incapacités spéciales résultant de l'article 3 de
la loi du 31 mai 1854

Jusqu'ici, rien de ce que nous avons dit du condamné à une peine perpétuelle, ne diffère de la condition des condamnés à temps. Ils sont soumis également et dans les mêmes conditions à l'interdiction légale. La distinction essentielle réside dans l'article 3 de la loi du 31 mai 1854. « Le condamné à une peine afflictive perpétuelle ne peut disposer de ses biens en tout ou en partie, soit par donation entre vifs, soit par testament, ni recevoir à ce titre si ce n'est pour cause d'aliments. — Tout testament par lui fait antérieurement à sa condamnation contradictoire devenue définitive est nul. — Le présent article n'est applicable au condamné par contumace que cinq ans après l'exécution par effigie. » Cet article rappelle sur plusieurs points les dispositions du Code sur la mort civile, dispositions qu'il reproduit presque textuellement dans plusieurs de leurs parties, mais sans aller aussi loin qu'elles dans la voie de la sévérité. Cette incapacité de disposer et de recevoir est une peine spéciale, indépendante de l'interdiction légale, c'est un souvenir de la mort civile. Elle aura donc le caractère

définitif et absolu de cette dernière dont elle se rapproche beaucoup, plutôt que celui de l'interdiction légale, dont les incapacités sont, tant au point de vue de la durée que de l'étendue, d'une nature toute relative à la peine encourue.

CARACTÈRES DIFFÉRENTS DE L'ARTICLE 3 DE LA LOI DE 1854
ET DE L'INTERDICTION LÉGALE.

L'incapacité de disposer et de recevoir, de même que la nullité du testament antérieur à la condamnation, ne provient pas, disons-nous, de l'interdiction légale. L'art. 3 de la loi de 1854 dit en effet : « Le condamné à [une peine perpétuelle ne peut, etc., » et non pas « l'interdit légalement. » Quant à l'art. 29 du C. p., il ne fait aucune allusion aux droits de disposer ou de recevoir à titre gratuit. Nous avons pu faire sortir de cet article l'incapacité de disposer entre vifs, comme inconciliable avec l'exécution de la peine et l'administration du tuteur, mais en tous cas aucun des systèmes sur l'interdiction n'admet l'incapacité de recevoir et la nullité du testament antérieur. Ce sont des effets qu'on ne peut pas prétendre déduire de la nature de l'interdiction, ils ne sont pas compris implicitement dans ses règles, et aucun article ne les y fait rentrer explicitement. Ils constituent une peine particulière.

La loi de 1854, qui établit ces incapacités, ne s'occupe pas non plus de poser les règles de l'interdiction. Celle-ci se trouve mentionnée dans l'énumération des incapacités qui frappent le condamné à une peine perpétuelle, non pas comme la cause de toutes les atteintes aux droits du condamné, mais seulement comme l'une d'elles. Cette loi ne fait pas non plus la restriction, mentionnée à l'article 29 C. p., pour l'interdiction, « pendant la durée de sa peine. » Ses effets seront donc permanents. Ils ont pour but de renforcer ceux de l'interdiction légale, jugée insuffisante quand il s'agit de peines perpétuelles. L'interdit libéré, reprend lui-même en effet l'administration de ses biens; il en recouvre à nouveau la disposition, et aucune trace ne reste de ce qui fut l'interdiction légale.

Les privations de droit, au contraire, résultant de la loi de 1854, ne sont pas remises avec la peine. Le condamné à perpétuité peut être mis en liberté, et cependant rester incapable de donner, de recevoir et de tester. « Les incapacités de la loi de 1854, disait le rapporteur Riché au Corps législatif, ont la permanence des déchéances que comprend la dégradation civique. » Il y a donc bien augmentation de peine. L'article 3 de la loi, et l'interdiction légale, sont deux choses absolument distinctes qui ne permettent pas de raisonner de l'une à l'autre; il serait aussi faux de dire que l'interdiction légale entraîne incapacité de disposer et de recevoir, parce que ces incapacités résultent de la loi

de 1854, que de dire que ces incapacités cessent avec la peine, parce que l'interdiction légale ne doit se subir que pendant la durée de celle-ci.

La différence se retrouve également dans la cause. Les incapacités qui résultent de l'interdiction ont lieu, d'abord parce que le condamné ne peut plus administrer lui-même, et deuxièmement parce que la peine principale ne pourrait pas, sans l'interdiction, s'exercer dans toute sa rigueur. L'interdiction est surtout une mesure réglementaire ayant en vue l'application d'une autre peine. Quant aux incapacités de l'article 3, ce sont de véritables peines; comme elles sont maintenues une fois la grâce accordée, ce n'est pas l'inégalité dans l'application de la peine qu'on redoute, on veut frapper plus fort, ajouter une peine à une autre. On annule le testament antérieur à la condamnation, et on interdit d'en faire un autre postérieurement à la condamnation, pour les raisons qui le faisaient interdire dans la mort civile; il ne faut pas qu'un infâme conserve le pouvoir de tester, qu'il exerce une influence dans la société en soustrayant son patrimoine aux règles de dévolution légale. Quant à l'incapacité de recevoir, si la loi de 1854 l'a maintenue après la mort civile, c'est qu'elle voyait dans toute disposition gratuite en faveur du condamné, une protestation contre la condamnation qui l'avait atteint.

Des auteurs ont critiqué qu'on ait fait porter sur

le droit de disposition les incapacités que la loi attache aux peines perpétuelles. Vous permettez, dit M. Valette, au condamné grâcié d'être époux et père de famille, et vous lui interdisez de récompenser sa femme de ses soins, et d'avantager celui de ses enfants qui a le mieux mérité son affection. Vous lui retirez la principale sanction de l'autorité d'un père sur ses enfants (1).

Nous répondrons qu'on autorise le mariage, car il est inhumain de refuser à quelqu'un de se faire une famille; mais que la loi lui a sciemment enlevé le droit de disposer, parce qu'il ne mérite pas d'avoir la même autorité que les pères de famille dont l'honneur est intact, et que la loi se méfie de ses causes de préférence.

Mais si la loi de 1854 le rend incapable de disposer et de recevoir, elle ne lui enlève plus, comme la mort civile, le droit de laisser une succession *ab intestat*, ou d'en recueillir une. L'ouverture de sa succession est retardée, du jour de l'exécution de la peine à celui de la mort naturelle, et ses enfants ou autres héritiers pourront profiter des augmentations de fortune qui auront pu se produire dans l'intervalle. Dans sa famille même, il ne perd plus son rang, et c'est lui, ou du moins son tuteur en

(1) Valette, *Explic. somm. du livre I*, p. 25.

son nom, qui se présente pour recueillir la part de succession échue aux parents de son degré.

Ces dispositions de la loi de 1854 tiennent mieux compte de la personne humaine que ne le faisait la mort civile, mais elles présentent des inconvénients que celle-ci permettait d'éviter. Une fois la condamnation intervenue, il n'est plus loisible au condamné de doter ses enfants; leur établissement devient donc impossible, quoique la fortune du père soit là, qui permettrait matériellement d'y pourvoir.

Personne ne peut exercer au nom du condamné les droits que lui enlève l'article 3 de la loi de 1854.

Dans la mort civile, cette difficulté n'existait pas, par suite de l'ouverture de la succession au jour où la peine était encourue; les enfants héritaient alors de leur père, et l'incapacité de disposer de ce dernier ne les atteignait pas. Cette objection au maintien simultané de l'incapacité de disposer du condamné et de ses droits à son patrimoine, s'était présentée au Corps législatif dans la discussion de la loi de 1854. Le rapporteur de la loi prétendit l'écarter par ce motif que, dans l'interdiction légale, les règles de l'interdiction judiciaire sont applicables, et que l'article 511 du Code civil prévoit le

cas de l'établissement des enfants de l'interdit. « Lorsqu'il sera question du mariage d'un enfant de l'interdit, la dot et les conventions matrimoniales seront réglées par un avis du conseil de famille, homologué par le tribunal. » Mais cette règle de l'interdiction judiciaire n'est justement pas applicable à notre cas. 1° Nous ne sommes plus dans l'interdiction légale, mais dans le cas de l'article 3 de la loi de 1854; 2° l'interdiction judiciaire ne permet à l'interdit d'exercer par lui-même aucun droit mais elle ne lui ôte non plus la jouissance d'aucun; et ce que l'interdit ne pourra faire lui-même, les personnes que la loi met à côté de lui pour le suppléer dans l'exercice de ses droits le feront en son nom. C'est ainsi que, lorsque le tuteur exploite les capitaux ou aliène les meubles, il exerce au profit de l'interdit, le droit de propriété qui appartient à ce dernier. De même, le conseil de famille, dotant les enfants sur les biens de l'interdit, exerce par délégation de la loi, le droit de disposer qui appartient au propriétaire. Cette privation d'exercice de droits n'implique pour les aliénés interdits aucune déchéance; et le droit qui ne peut être exercé par le titulaire lui-même, la loi permet à un tiers de l'exercer pour lui.

Mais il n'en peut plus être de même quand il y a pour le titulaire déchéance du droit : et c'est ce qui arrive, dans la condamnation à une peine perpé-

tuelle, pour la faculté de disposer et de recevoir. Le condamné ne se trouve pas seulement empêché d'exercer son droit, il se trouve dépouillé du droit lui-même. Ce droit n'existe plus, et personne, pas plus son tuteur que son conseil de famille, n'aura le pouvoir de l'exercer pour lui. Si l'incapacité d'administrer résultant de l'article 29, C. p. est une simple paralysie analogue à celle de l'article 502, C. c., l'incapacité de disposer résultant de l'article 3 de la loi du 31 mai 1854, est une suppression de droit. Il en résulte, d'une part, que le tuteur administre pour le condamné, et fait en son nom tous les actes dont l'article 29, C. p. déclare celui-ci incapable; mais d'autre part, que ni le tuteur, ni le conseil de famille, ne peuvent faire une donation quelconque, même lorsqu'il s'agit de l'établissement par mariage des enfants de l'interdit.

Si l'on reconnaissait au conseil de famille le droit de disposer, il n'y aurait pas de motif pour ne pas lui reconnaître aussi le droit d'accepter les donations et les legs faits à l'interdit. C'est là un pouvoir qui existe dans l'interdiction judiciaire et le droit de recevoir, n'est pas plus formellement refusé au condamné que celui de disposer. Or, personne n'admettra que les donations, que la loi de 1854 déclare le condamné incapable de recevoir, pourront être cependant acceptées en son nom par son conseil de famille ou par son tuteur. Enfin le droit du conseil

de famille de doter les enfants de l'interdit aboutirait au bizarre résultat suivant. Tant que le condamné serait sous le coup de sa peine, son conseil de famille pourrait disposer de ses biens pour établir ses enfants; mais le condamné viendrait-il à bénéficier d'une remise de peine, comme il cesserait d'être interdit, et par suite d'avoir un conseil de famille, qu'en outre l'incapacité de disposer et de recevoir, dont la loi de 1854 l'a frappé, est permanente, personne n'aurait plus la capacité de faire une donation aux enfants sur les biens de leur père, et leur établissement serait désormais impossible. Le remède à cette impossibilité de doter les enfants de l'interdit, n'est donc pas, comme le disait le rapporteur Riché, dans l'article 511 du Code civil; mais seulement dans l'article 4 de la loi de 1854, qui permet au gouvernement de relever le condamné de tout ou partie des incapacités prononcées par l'art. 3 (1).

§ III. — **Quelle est, sous l'empire de la loi du 31 mai 1854, la condition des condamnés par contumace ?**

Nous avons dit plus haut que l'interdiction légale ne résultait jamais de condamnation par contumace. La

(1) Demolombe, t. I, loi de 1854, *Appendice*, n° 18.

loi de 1854 n'a pas innové sur ce point ; son article 2 renvoie au contraire aux articles 28, 29 et 31 du Code pénal. Nous dirons donc que les condamnés par contumace à des peines perpétuelles sont seulement frappés de dégradation civique, et soumis aux incapacités énumérées dans l'article 3 de la loi de 1854. — Comme dans la mort civile, les effets de l'article 3 en cas de condamnation par contumace, ne se produisent que cinq ans après l'exécution par effigie. Si le condamné, dans cet intervalle, meurt ou se représente, aucune incapacité ne l'aura atteint, son testament sera valable, et s'il est condamné à nouveau, les incapacités ne courront que du jour de la seconde condamnation devenue définitive. Doit-on, à ces deux conséquences qui constituaient les anciens articles 29 et 31 C. c., en ajouter une troisième, celle prévue par l'article 30 : « Si le contumax ne se représente qu'après les cinq ans et qu'il soit absous, les incapacités encourrues depuis l'expiration du délai seront effacées seulement pour l'avenir, mais non rétroactivement. »

Dans le sens de l'affirmative on dit, la loi de 1854 dans son article 3, s'inspire non-seulement de l'esprit, mais encore des termes du Code sur la mort civile ; on doit donc, en présence d'un texte identique, tirer des conséquences identiques. Or, la mort civile n'était pas effacée rétroactivement par le jugement d'absolution. Il n'y a donc pas de raison pour que dans des circonstances semblables, où le degré d'incapacité seul

diffère, le second jugement ne produise plus les mêmes effets qu'autrefois, ou du moins, qu'il en produise davantage, en donnant lieu à la rétroactivité. Vous acceptez, dit-on, le maintien des articles 29 et 31, pourquoi refusez-vous celui de l'article 30, il a droit d'être implicitement rétabli dans la loi de 1854 comme l'article qui le précède et celui qui le suit; aucun d'eux n'est exprimé à nouveau dans la loi, pourquoi n'en tenir qu'un à l'écart? A quoi servirait enfin d'avoir établi ce délai de grâce de cinq ans, si, même après ce délai, on peut, par un second jugement, être relevé pour le passé, des incapacités auxquelles l'expiration de ce délai avait donné lieu. On aurait pu aussi bien les faire courir du jour de la condamnation par défaut, en disant qu'elles pourront toujours être supprimées rétroactivement par un second jugement tant que la peine n'aura pas été prescrite (1).

Mais nous ne devons pas oublier qu'il s'agit ici d'un contumax qui a été reconnu innocent, ou seulement peut être, moins coupable, une peine temporaire ayant été substituée à une peine perpétuelle. Il ne faut pas se montrer rigoureux avec lui. D'ailleurs, en dehors de toute considération de sentiment, et en ne s'appuyant que sur les principes, il n'est pas vrai que la rétroactivité ne puisse pas se produire. L'opposition à l'arrêt qui a été rendu par contumace, a pour effet de

(1) Bertauld, *Cours de Code pénal*, p. 259.

faire tomber toute la procédure antérieure et toutes ses conséquences ; il ne reste plus rien du premier jugement, tout est remis en question.

L'instruction est refaite à nouveau, le sequestre sur les biens est levé et ceux-ci rendus à leur propriétaire ; les incapacités prononcées sont effacées ; quant aux effets produits par ces dernières, ils doivent l'être également. S'ils étaient maintenus et qu'on ne validât point les actes de disposition faits tant par le contumax qu'en sa faveur, on se trouverait en présence d'effets survivant à leur cause. Les demandeurs en nullité invoqueraient comme fondement de celle-ci, un jugement qui n'existe pas, dont la valeur n'est pas même discutée, et qui se trouve remplacé par un autre dont les dispositions sont entièrement opposées.

Donner un effet permanent à des déchéances dont on a reconnu l'injustice serait une exception exorbitante et il ne faudrait rien moins qu'un texte spécial pour l'établir. On dit que ce texte existait pour la mort civile : d'après l'article 30, le second jugement fait cesser la mort civile pour l'avenir, mais le premier jugement conserve ses effets dans le passé. Cette mesure était un des points les plus critiquables de la mort civile ; la loi de 1854 n'a pas maintenu les dispositions de cet article 30, et ce ne sont pas des raisonnements d'analogie qui pourront faire revivre des mesures si contraires à la raison.

La loi de 1854 a reproduit l'article du Code civil sur le

délai de grâce de cinq ans, parce que cet article est très favorable au contumax ; celui-ci n'a pas assisté au jugement qui l'a condamné, il n'a pas pu présenter sa défense, on ne doit donc pas le frapper avec la même rigueur que si le jugement avait été contradictoire. Peut-être est-il innocent, et a-t-il en outre une juste cause pour ne pas avoir répondu à l'assignation ; il faut lui laisser le temps d'apprendre la condamnation qui le frappe et celui de se représenter.

Les articles 29 et 31 sont des conséquences directes de ce délai de grâce. Si pendant cinq ans aucune incapacité n'atteint le contumax, il est naturel que mourant dans ce délai, il meurt avec tous ses droits ; de même s'il est repris ou se représente, et qu'il soit condamné à nouveau, les incapacités résultant de ce second jugement ne doivent pas remonter au delà de ce jugement. Mais la disposition de l'article 30 n'est plus une conséquence de l'article 28, c'était une disposition spéciale. De ce que pendant cinq ans les incapacités ne doivent pas s'appliquer, il est faux de conclure que l'incapacité qui s'est abattue à l'expiration du délai, sur le condamné, n'est plus susceptible d'aucune rémission.

Ce sont là deux idées différentes ; la mort civile les comprenait toutes les deux ; mais la loi de 1854 ne les ayant pas reproduites, on ne doit maintenir que les effets conformes à l'esprit général de la loi, et rejeter ceux qui lui sont contraires. Le délai de

cinq ans est une faveur pour le condamné, il ne faut pas la retourner contre lui.

Cette loi est venue, d'ailleurs, corriger ce que la mort civile avait d'exagéré dans sa pénalité, on ne doit donc pas implicitement supposer dans cette loi plus douce, quand elle ne les énonce pas, des mesures de rigueur exprimées spécialement dans la loi plus dure qu'elle remplace.

Nous dirons donc que le second jugement, s'il prononce l'acquittement ou ne condamne qu'à une peine temporaire, efface toujours, pour le passé comme pour l'avenir, tous les effets des incapacités que le premier jugement avait fait encourir.

§ IV. — Reproches qu'on peut adresser à la loi de 1854.

La loi de 1854, en abolissant la mort civile, a bien fait de laisser subsister quelques incapacités, qui distinguent toujours le condamné à une peine perpétuelle qui a prescrit sa peine ou qui a été l'objet d'une grâce, du condamné à temps qui a purgé la sienne. Ces incapacités sont assez bien choisies, car elles portent sur des droits qui ne sont pas nécessaires à l'existence et qui ne causent pas ainsi de préjudice trop grave à celui qu'elles atteignent. Le pouvoir de celui-ci de nuire à la société, en faisant un mauvais usage de sa fortune, est aussi limité

par l'obligation où il se trouve de la laisser suivre l'ordre de la dévolution légale

Un seul inconvénient sérieux peut être opposé à ce régime de la loi de 1854, c'est la situation des enfants non dotés du condamné (1). Peut-être aurait-il été possible de faire en leur faveur une exception à l'incapacité du condamné, plutôt que de les laisser à la merci de l'arbitraire ou de la négligence du pouvoir administratif, dans l'application de l'article 4 de la loi de 1854.

LE CONDAMNÉ A UNE PEINE PERPÉTUELLE EST-IL CAPABLE DE RECEVOIR
PAR TESTAMENT PARTAGE SA PART DANS LA SUCCESSION D'UN ASCENDANT

Un autre inconvénient, moins grave que le précédent, car il ne touche pas, comme l'impossibilité d'établir les enfants, à une nécessité sociale, mérite cependant d'être signalé. Par son incapacité de recevoir à titre gratuit, le condamné à une peine perpétuelle ne pourra pas figurer dans un partage d'ascendant. D'un autre côté, comme il est capable d'hériter *ab intestat*, et qu'il a droit à sa réserve, l'ascendant ne pourra pas l'exclure du partage. Sa présence parmi les héritiers présomp-

(1) Voir *suprà*, p. 351.

tifs, met donc obstacle au droit de l'ascendant de partager ses biens. Cela est certain, quand il s'agit d'un avancement d'hoirie, car l'incapacité de recevoir entre vifs est absolue. Mais la controverse existe, quand le partage a lieu par testament.

M. Demolombe (t. 23, n° 105) soutient que la capacité d'un successeur *ab intestat* est suffisante pour recevoir par testament partage. Il s'appuie sur les coutumes anciennes, auxquelles, dit-il, les rédacteurs du Code n'ont pas dérogé. Lebrun (1) s'exprimait ainsi: « Encore bien que l'acte, par lequel l'ascendant a fait le partage entre ses enfants, fût un acte testamentaire, les coutumes ne laissent pas en ce cas de considérer les enfants comme héritiers *ab intestat* des parts et portions que leur père leur a léguées. » Et la coutume du Nivernais: « Partage ou assignation faite par père, mère ou l'un d'eux, entre leurs enfants capables à lui succéder *ab intestat* tient et vaut. » Mais cette doctrine, et les coutumes de l'ancien droit qu'elle invoque sont incompatibles avec les termes du Code civil (art. 1076) et ceux de la loi de 1854. Nous nous rattacherons donc, de préférence, à l'opinion très fortement motivée de M. Bertauld.

M. Bertauld soutient que la capacité nécessaire pour recevoir par testament partage est la capacité

(1) *Successions*, livre IV, ch. I, n° 11.

d'un légataire et non d'un successeur *ab intestat*. Le condamné à une peine perpétuelle ne peut donc pas, selon lui, recevoir de cette façon, sa part héréditaire. Pour le prouver, il s'appuie sur l'article 3 de la loi de 1854. L'article 3 de cette loi parle d'incapacité de disposer et de recevoir par donation ou testament, dans les termes les plus généraux ; il n'y a donc pas lieu de faire, pour le testament partage, une exception que n'autorise pas le texte de la loi. Si l'on soutient que le partage d'ascendant est moins une succession testamentaire qu'une forme de la succession légitime, il faudrait soutenir également que le condamné peut disposer de cette façon, ce qui est inadmissible ; les partisans mêmes de la doctrine combattue repoussent cette conséquence (1). Cependant, la loi de 1854 ne rend pas le condamné moins indigne de recevoir que de disposer à titre gratuit. — Enfin, le testament partage permet d'avantager un des héritiers dans une certaine limite. Il faut une lésion de plus du quart pour le faire tomber (art. 1079). Le condamné peut ainsi se trouver favorisé, et le testament partage sera un moyen de protester contre la condamnation.

Ce point établi, il est à regretter que l'ascendant ne puisse écarter, par un legs, le condamné à une peine perpétuelle de tout concours avec ses frères ou colla-

(1) Demolombe, t. 23, n° 28.

téraux. Une disposition semblable à celle de l'article 761, qui aurait permis de tenir en dehors des relations de la famille, celui de ses membres qui aurait subi la honte d'une condamnation à une peine perpétuelle, eut été désirable.

Le maintien du droit de faire par donation un partage d'ascendant; aurait pu servir aussi à tourner l'inconvénient qui résulte de l'impossibilité d'établir ses enfants. Mais il eut été dangereux de laisser ce droit à tous les condamnés, et il est peut-être préférable que la loi de 1854 ait établi l'incapacité absolue de disposer, avec la faculté pour le gouvernement, de rendre la capacité par des mesures individuelles, en vertu de l'article 4 que nous allons maintenant étudier.

CHAPITRE IV

§ I. — **Droit du gouvernement de relever les condamnés à une peine perpétuelle, de tout ou partie des incapacités dont ils sont frappés par la loi du 31 mai 1854.**

La faculté pour le gouvernement, de remettre les incapacités provenant des condamnations à une peine perpétuelle, est ainsi exprimée par l'article 4 de la loi du 31 mai 1854 : « Le gouvernement peut relever le condamné à une peine afflictive perpétuelle, de tout ou partie des incapacités prononcées par l'article précédent. Il peut lui accorder l'exercice dans le lieu d'exécution de la peine, des droits civils ou de quelques-uns de ces droits, dont il a été privé par son état d'interdiction légale. Les actes faits par le condamné, dans le lieu d'exécution de la peine, ne peuvent engager les biens qu'il possédait au jour de sa condamnation, ou qui lui sont échus à titre gratuit depuis cette époque. » L'article 4 prévoit donc deux choses : 1° La remise des incapacités provenant de l'article 3 de la

même loi, et 2° la remise des incapacités provenant de l'état d'interdiction légale. De ces deux facultés de remettre qui appartiennent à l'Etat, la première n'est soumise à aucune restriction : on peut autoriser le condamné, soit pendant sa peine, soit après sa grâce, soit dans la colonie, soit en France, à donner entre vifs ou à léguer par testament, soit les biens antérieurs à sa condamnation, soit ceux qu'il a acquis depuis dans la colonie ; il peut de même être autorisé à recevoir de toutes manières, et n'importe quels biens.

La deuxième faculté est au contraire limitée : 1° Elle s'applique seulement au condamné qui purge sa peine. Celui qui se l'est vu remettre ou qui l'a prescrite, jouissant de sa liberté, n'est plus soumis à l'interdiction légale ; ses biens lui sont rendus, et seules les incapacités de l'article 3 continuent de l'atteindre. Il ne pourra donc être l'objet, de la part du gouvernement, que de la première mesure ; 2° elle permet au condamné de se constituer un patrimoine, de l'administrer, de vendre, et de s'obliger dans l'intérêt de ce patrimoine ; mais elle lui défend d'obliger par ses actes les biens qu'il possédait antérieurement à sa condamnation, ou qui lui sont échus à titre gratuit depuis cette époque. Ceux-là restent soumis à l'administration du tuteur, et il ne saurait être question pour le condamné de les vendre ou de les engager. Ce dernier alinéa de notre article 4 résulte du fait, que la loi ne veut pas

que ces biens puissent être restitués en tout ou en partie aux condamnés à une peine perpétuelle; et ce serait leur en faire la restitution que de les autoriser à les vendre ou à emprunter sur eux. Cette restitution des biens au condamné, était permise par la loi de 1850 sur la déportation perpétuelle, abrogée par la loi du 31 mai 1854; la loi du 30 mai 1854 sur les travaux forcés à temps, encore en vigueur, autorise aussi le gouvernement à remettre au condamné à temps tout ou partie de ses biens. La loi du 31 mai sur les peines perpétuelles ne l'a pas fait et marque sa volonté d'écarter cette restitution, par le dernier alinéa de l'article 4. Peut être est-ce là un tort, car, vu la liberté tolérée aux condamnés qui se conduisent bien, une partie du patrimoine aurait pu devenir dans leurs mains, d'utiles éléments de colonisation. — Quoi qu'il en soit, la loi ne l'a pas fait, et la restitution indirecte, par reconnaissance du droit de vendre et d'emprunter, devait être rejetée au même titre que la restitution directe.

§ II. — La restitution du droit de disposer à titre gratuit des biens restés en France, n'emporte pas par elle-même la restitution du droit de s'obliger sur eux.

Le rapprochement des deux ordres d'incapacité que l'Etat peut remettre, le pouvoir de celui-ci, absolu

dans un cas et limité dans l'autre, amènent alors un résultat singulier. Le condamné qui purge sa peine peut se voir restituer le droit de disposer à titre gratuit des biens qu'il a laissés en France, et il ne peut pas avoir celui de les aliéner à titre onéreux.

Ce résultat, contraire à ce qu'on voit le plus souvent, c'est-à-dire le droit d'aliéner à titre onéreux avec privation du droit de disposer à titre gratuit, est considéré comme inadmissible par certains auteurs, qui prétendent que la concession du droit de disposer à titre gratuit, emporte nécessairement celle de disposer à titre onéreux. C'est se mettre en contradiction flagrante avec les mots « dans le lieu d'exécution de la peine; » et avec le dernier alinéa tout entier de l'article 4.

D'après M. Demolombe (1), il serait inouï qu'un individu pût disposer à titre gratuit et pas à titre onéreux. Par le fait qu'un condamné est relevé de l'incapacité de disposer à titre gratuit, il recouvre le droit de disposer à titre onéreux, et les obligations qu'il a souscrites auparavant dans la colonie, engagent dès ce moment les biens antérieurs à sa condamnation. — La doctrine contraire, dit-il, encore, semblerait impliquer que la condamnation à une peine perpétuelle enlève la capacité de disposer à titre onéreux, quand l'interdiction légale seule enlève cette capacité, et en-

(1) T. I, Appendice relatif à la loi de 1854, n° 27,

core né prive-t-elle que de l'exercice et non de la jouissance du droit. Par la restitution du droit de disposer gratuitement l'interdiction cesse, et la capacité de disposer à titre onéreux renaît.

Nous répondrons à cela :

I. — La restitution du droit de disposer ou de recevoir à titre gratuit, ne comporte pas nécessairement suppression de l'interdiction légale.

II. — La loi est formelle; le droit de donner, de tester, etc., peut être rendu sans restriction, et la restitution des droits enlevés par l'article 29, C. p., n'est possible au contraire que dans la colonie; les actes, faits par le condamné dans le lieu d'exécution de la peine, ne peuvent engager les biens qu'il possédait au jour de sa condamnation ou qui lui sont échus à titre gratuit depuis cette époque.

III. — Le droit de disposer à titre gratuit se comprend fort bien avec le maintien de l'incapacité d'aliéner à titre onéreux : 1° En cas de nécessité d'accomplir une aliénation à titre onéreux des biens du condamné, la loi a chargé quelqu'un d'y procéder, c'est le tuteur et le conseil de famille; pour les aliénations à titre gratuit il n'existe personne; 2° la restitution du droit de disposer à titre gratuit ne permet pas de tourner la prohibition du dernier alinéa de l'article 4, en ce qui

concerne la faculté d'engager les biens antérieurs à la condamnation ; il n'en est pas de même de la restitution du droit de disposer à titre onéreux, qui permet au contraire au condamné d'en toucher la valeur (1).

L'interdiction légale enlève à l'interdit la jouissance de son patrimoine en France, et l'empêche de s'en constituer un autre dans la colonie. En remettant au condamné, l'exercice dans la colonie, des droits que cet état d'interdiction lui fait perdre, le gouvernement lui permet de gagner sa vie, de s'amasser des ressources par son travail ; elle le moralise, et en même temps dote le pays d'un individu utile. Cette mesure est un puissant encouragement à se bien conduire. Mais pour qu'elle atteigne son but moralisateur, il faut que le condamné n'ait rien à attendre que de son travail. Dans cette vue la loi du 31 mai 1854 n'autorise la restitution d'aucune partie des biens antérieurs à la condamnation. Si on lui permettait d'aliéner à titre onéreux ces biens, ou de s'obliger sur eux en contractant dans la colonie, il se trouverait en avoir la jouissance et profiter ainsi d'une situation de fortune qu'il ne devrait pas à son travail dans le lieu d'exécution de la peine. Par ces motifs, il est facile de comprendre que le droit de donner pour établir ses enfants, soit accordé au condamné qui n'en tire aucun profit pécuniaire, et que celui d'aliéner à titre onéreux

(1) Comp. Aubry et Rau, t. I, § 85, note 13.

qui lui mettrait dans les mains des capitaux et le détournerait du travail en le mettant à l'abri du besoin soit interdit.

En résumé, le condamné à une peine perpétuelle qui n'a été l'objet d'aucune mesure de faveur ne peut ni recevoir, ni donner entre vifs ou par testament, ni aliéner à titre onéreux, ni faire, touchant ses biens, un contrat civil d'aucune sorte, soit en ce qui concerne ce qu'il possédait antérieurement à sa condamnation, soit ce qu'il peut gagner par son travail dans le pénitencier. Il est à la fois sous le coup de l'interdiction légale, et sous le coup de l'article 3 de la loi de 1854.

Par une première faveur, il peut se voir restituer dans la colonie l'exercice des droits que l'interdiction lui enlevait; il reste incapable de recevoir, de donner, de tester; l'administration et la jouissance de son patrimoine ne lui sont pas rendues, mais il peut s'en constituer un autre pour lequel il aura tous les pouvoirs d'administration ou seulement quelques-uns. Il peut encore être grâcié ou avoir prescrit sa peine; l'interdiction légale cesse alors d'exister, son patrimoine lui est rendu avec droit de l'administrer et d'en jouir, mais les incapacités de recevoir, de donner et de tester subsistent.

Enfin l'un de ces droits ou tous trois peuvent lui être rendus, soit pour les biens acquis dans la colonie, soit pour ceux situés en France. Cette restitution contre les incapacités de l'article 3 de la loi de 1854, peut coïn-

cider avec le maintien de l'interdiction, ou avec la restitution d'exercice dans la colonie, des droits que cette interdiction lui enlevait. Tant que le condamné purge sa peine, il ne peut pas être relevé, pour les biens qu'il a en France, des incapacités résultant de son état d'interdiction légale.

§ III. — **Quelle est la nature de ce droit de remise
du Gouvernement**

Ce n'est pas le droit de grâce puisque ce droit ne peut porter que sur la peine afflictive elle-même, et qu'il n'a pas d'effet sur les incapacités attachées par la loi à certaines condamnations. — Ce n'est pas non plus la réhabilitation, qui efface la dégradation civique, et qui est prononcée par le pouvoir judiciaire. — La réhabilitation suppose d'ailleurs la peine accomplie entièrement ou remise par la grâce (art. 619 I. c.), et les restitutions de droit autorisées par l'article 4 de la loi de 1854 peuvent s'effectuer au cours de la peine.

C'est encore moins l'amnistie, qui efface la condamnation même et est prononcée par le pouvoir législatif. — Ce droit est d'une nature particulière; il porte sur des incapacités attachées d'avance par la loi à certaines condamnations; il semblerait donc que ce fût au pouvoir législatif qu'il appartint d'exercer ce droit. Mais comme il eut été impossible à ce pouvoir de prendre,

en connaissance de cause, des mesures individuelles ; que ces mesures résultent de circonstances particulières aux condamnés, et non pas d'un changement d'appréciation en ce qui concerne le caractère délictueux de l'acte commis, le pouvoir législatif a délégué au pouvoir exécutif l'exercice de son droit. Le droit de remise est donc exercé par le pouvoir exécutif, non pas comme droit propre, mais par délégation du pouvoir législatif.

— La restitution au condamné, des droits dont il était privé par l'article 3 de la loi de 1854, ou par l'article 29 du Code pénal, a-t-elle pour effet de valider les actes qu'il a pu faire entre sa condamnation et la restitution de ses droits civils ? Nous devons répondre que non. La remise des incapacités n'est pas un droit pour le condamné, elle n'implique aucune erreur dans la décision qui l'a frappé ; la condamnation intervenue l'a été à juste titre, et tous ses effets réalisés doivent être maintenus. La remise est une mesure de faveur, justifiée par une meilleure conduite de celui qui en est l'objet, et dont les effets sont limités aux actes à venir.

— La solution que nous avons donnée pour les contumax est différente de celle-ci ; mais la situation n'est pas la même non plus. Ici la condamnation est maintenue et conserve une partie de ses effets, tandis que tous ceux de l'arrêt rendu par contumace, sont effacés comme l'arrêt lui-même, par le second jugement contradictoire.

Pourtant ne peut-on pas dire que le testament antérieur à la condamnation revivra, si le droit de tester est restitué au condamné? D'après Duvergier (1) il revit, car la capacité s'est trouvée exister au jour de la rédaction et au jour du décès; or, ce sont les deux seuls moments où l'on ait à considérer la capacité. Ayant existé au commencement et à la fin, il importe peu que la capacité de tester ait fait défaut dans l'intervalle *media tempora non nocent*. — Mais nous avons déjà dit que cette règle de la capacité de tester aux deux époques de la rédaction et du décès, est une règle romaine et qu'elle n'existe pas en France. De plus l'article 3 de la loi de 1854 ne se contente pas de dire « le condamné à une peine perpétuelle ne peut pas disposer par testament, » il ajoute « Tout testament par lui fait antérieurement à sa condamnation est nul, » ce qui est bien dire que le testament est nul, par la volonté de la loi, et non par défaut de capacité au décès. Quand donc en vertu de l'article 4 cette capacité reparaît, le testament reste cependant nul, car si l'article 4 rend la capacité au condamné, il ne rend pas sa valeur à un acte annulé. Donc, pour que le testateur fasse revivre ses premières dispositions, il faudra qu'il les exprime à nouveau dans un second testament.

(1) *Collection des lois*, 1854, p. 290, note 1.

CHAPITRE V

*Loi des 25-28 mars 1873 sur les déportés à la Nouvelle
Calédonie*

Dispositions spéciales relatives au droit de disposer à titre gratuit.

La déportation a été sous presque tous les régimes l'objet de mesures spéciales. Le code pénal de 1810 et la loi de 1832 avaient modifié à son égard l'application de la mort civile. La loi de 1850 avait déclaré que cette dernière peine ne s'appliquerait plus aux déportés. La loi de 1854 au contraire, établit des règles communes à toutes les peines perpétuelles, et comprit la déportation dans ses dispositions. Elle ne fit d'exception à la règle générale, que par une disposition transitoire: article 6. « La présente loi n'est pas applicable aux condamnations à la déportation pour crimes commis antérieurement à sa promulgation. » Dans ce cas, la loi du 8 juin 1850 plus douce que celle de 1854, continuait à

s'appliquer. Jusqu'en 1873, les déportés furent soumis à la loi de 1854, que nous venons d'étudier. La loi des 25-28 mars 1873, sans les soustraire à la loi de 1854, prit à leur égard des mesures exceptionnelles :

- I. En ce qui concerne les successions *ab intestat*
- II. Le droit de disposer à titre gratuit.
- III. L'exercice des droits civils.
- IV. Le droit de remise du Gouvernement.

I. — *Successions AB INTESTAT.*— La loi de 1873 établit pour certains biens du condamné, et en faveur de certaines personnes, un ordre spécial de succession. En vertu de l'article 9, le déporté qui a obtenu le droit de s'établir en dehors du lieu de la déportation, pourra recevoir une concession provisoire de terres; après cinq ans, (art. 11) cette concession deviendra définitive; article 7 « Les femmes et les enfants des condamnés auront la faculté d'aller les rejoindre ». C'est quant à ces biens et quant à ces personnes qu'il est dérogé au droit commun. L'article 13 s'exprime ainsi : « Si le concessionnaire vient à mourir après que la concession a été rendue définitive, les biens qui en font partie seront attribués aux héritiers d'après les règles du droit commun.

Néanmoins, dans le cas où il n'existerait pas d'enfants légitimes ou autres descendants, la veuve, si elle habitait avec son mari, succèdera à la moitié en propriété, tant de la concession que des autres biens

que le déporté aurait acquis dans la colonie. En cas d'existence d'enfants légitimes ou autres descendants, le droit de la femme ne sera que d'un tiers en usufruit. »

Ainsi la femme qui, dans le Code civil, ne vient à la succession de son mari qu'à défaut de tout parent successible, concourt avec les parents les plus proches sur tous les biens acquis par le déporté dans la colonie. Si même il existe des enfants, elle n'est pas entièrement écartée; elle a droit à l'usufruit d'un tiers de ces biens. Mais, pour être héritière, il faut qu'elle soit venue vivre avec son mari; si elle était restée en France, le premier alinéa de l'article 13 s'appliquerait, la concession et les biens qui en font partie, seraient attribués aux héritiers du Code civil.

Le droit de la femme à une moitié seulement de la concession paraissait insuffisant à M. Jules Favre, qui demandait que la femme fut héritière de toute la concession. La commission repoussa cette demande pour plusieurs raisons : 1° La femme, comme commune en biens, prenait déjà la moitié de la concession; puis, comme héritière, la moitié de la part du mari, soit en tout les trois quarts de la concession; 2° la seconde partie de l'article 13 permet au condamné de disposer par donation entre vifs ou par testament en faveur de son conjoint, de sorte qu'il dépend du mari d'augmenter la part d'héritage de sa femme; 3° D'autres héritiers sont également intéressés; par exemple les

ascendants, les enfants naturels ; il faut qu'on puisse leur faire une part, au cas assez fréquent où le condamné ne laissera d'autres biens que ceux acquis dans la colonie.

II. — *Droit de disposer à titre gratuit.* — L'article 16 de la loi de 1873 décide que la loi du 31 mai 1854 continuera à recevoir son exécution en ce qui concerne les condamnés à la déportation. Ceux-ci sont donc atteints par toutes les incapacités de l'article 3 de cette loi ; ils ne peuvent disposer ni recevoir à titre gratuit. Pourtant, dans son article 13, la loi de 1873 apporte une exception à cette règle. «.....Par dérogation à l'article 16 de la présente loi, les condamnés pourront, dans les limites autorisées par les articles 1094 et 1098 (quotité disponible entre époux), disposer de leurs biens, dans quelque lieu qu'ils soient situés, soit par acte entre vifs, soit par testament, en faveur de leurs conjoints habitant avec eux. »

Ce droit de disposer en faveur du conjoint habitant dans la colonie, n'est plus, comme la disposition de l'article 4 de la loi de 1854, une faculté laissée à l'administration, de relever le condamné d'une ou de plusieurs incapacités ; c'est un droit ferme qui appartient à tous les condamnés. La loi s'est montrée plus large ici que dans le cas précédent. Le droit du conjoint de succéder *ab intestat* au déporté, est limité à la concession et aux biens acquis par le travail dans la

colonie; celui du déporté de donner à sa femme ou de tester en sa faveur, s'applique à tous ses biens, en quelque lieu qu'ils soient situés.

III. — *Exercice des droits civils.* — Les condamnés à la déportation simple ont de plein droit l'exercice des droits civils dans le lieu de la déportation ; mais ils restent soumis en France à l'interdiction légale, et les obligations qu'ils contractent dans la colonie ne sont pas garanties par les biens qu'ils ont en France.

IV. — *Droit de remise du gouvernement.* — Le droit de remise qui appartient au gouvernement en vertu de la loi de 1873, est plus large que celui qui lui est concédé par l'article 4 de la loi de 1854. D'abord cet article 4 est toujours applicable au déporté ; en second lieu, l'article 16 de la loi de 1873 permet au gouvernement d'accorder aux déportés l'exercice dans la colonie, de tout ou partie des droits dont ils sont privés par l'article 34 C. p. (dégradation civique). — En ce qui concerne les condamnés à la déportation simple, qui ont déjà de plein droit l'exercice des droits civils dans la colonie, le gouvernement est autorisé à leur remettre tout ou partie de leurs biens. Cette remise permet au déporté d'obliger, par les actes passés dans la colonie, les biens qu'il a en France ; elle équivaut pour lui à la restitution complète de l'exercice des droits civils.

La femme a-t-elle droit, à titre de réserve, à la

portion de biens que lui concède la loi de 1873 ?

La loi de 1873 donne à la femme du déporté, en dehors de tout testament, un droit à la succession de son mari. Elle laisse, en outre, au mari le droit de disposer à titre gratuit en faveur de sa femme de toute la quotité disponible. De ces deux mesures, prises dans l'intérêt de la femme, doit-on tirer une troisième conséquence, à savoir, que le déporté qui s'est vu remettre le droit de disposer à titre gratuit en vertu de l'article 4 de la loi de 1854, n'a pas le pouvoir d'enlever à sa femme la part héréditaire que lui donne l'article 13 de la loi de 1873.

Cette question : « La femme a-t-elle droit, à titre de réserve, à la portion de biens que lui concède la loi de 1873 ? » a été tranchée dans le sens de la négative par la commission parlementaire chargée de l'étude du projet de loi (1). « Nous ne constituons pas la femme héritière à réserve. Il nous a semblé que ce droit absolu, constitué au profit de la femme sur les biens de son mari, pourrait produire, au point de vue de l'autorité, et dans certains cas, de la dignité conjugale, des effets fâcheux. La loi a voulu que les donations entre époux, faites pendant le mariage, fussent toujours révocables. Ce serait aller trop directement contre son esprit, que d'enlever au mari le droit de déshériter la femme qui ne se

(1) N° 15, du rapport du vicomte d'Haussonville. — Dalloz, 1873, 4, p. 51.

serait point maintenue à la hauteur de son inspiration première, et qui se serait rendue indigne de son respect et de son affection. »

RÉSUMÉ DE LA TROISIÈME PARTIE

Les effets des condamnations à des peines perpétuelles sur la capacité de faire un testament sont les vants :

I. — Si la condamnation est contradictoire, elle annule le testament déjà fait et rend incapable de tester à nouveau (art. 3 de la loi du 31 mai 1854.)

II. — Si la condamnation est prononcée par contumace, la nullité du testament déjà fait, et l'incapacité de tester ne se produiront qu'après cinq ans. Si l'arrêt de contumace est réformé avant l'expiration du délai pour la prescription de la peine, et que le contumax soit acquitté, ou condamné seulement à une peine temporaire, tous les effets de la première condamnation seront effacés rétroactivement. Le testament antérieur à la première condamnation

ou rédigé entre l'expiration des cinq ans et le second arrêt redeviendra valable.

III. — Il est loisible au gouvernement (article 4 de la loi de 1854) de relever le condamné de tout ou partie des incapacités de l'article 3 de la même loi, par conséquent de lui rendre pour l'avenir la capacité de tester. Cette remise n'a aucun effet rétroactif et ne valide, ni le premier testament annulé par la condamnation, ni celui qu'a rédigé le condamné au cours de sa peine, avant d'être relevé par le gouvernement de son incapacité.

IV. — Le condamné à la déportation perpétuelle a le droit de disposer par testament ou donation, en faveur de son conjoint habitant avec lui, de tous ses biens, dans les limites de la quotité disponible entre époux (art. 13 de la loi de 1873).

POSITIONS

DROIT ROMAIN.

Positions prises dans la Thèse.

I. — A Rome, la succession légitime a précédé le testament.

II. — L'incapacité de tester du prodigue interdit n'est pas une simple conséquence de l'incapacité de Manciper.

III. — Dans la substitution pupillaire il n'y a qu'une seule hérédité, celle du père.

IV. — La substitution quasi pupillaire faite par un ascendant, sous Justinien, ne donne droit qu'aux biens provenant de l'ascendant testateur.

Positions prises en dehors de la Thèse.

V. — Le mariage n'était pas un contrat purement

consensuel, la femme devait au moins se trouver à la disposition du mari.

VI. — Dans le système des Institutes (L. II, t. XII), le père recueille *jure hereditario* et non pas *jure peculii* le pécule castrense de son fils décédé *intestat*.

VII. — Les enfants nés d'un concubinat n'étaient pas appelés comme cognats à la succession de leur père.

VIII. — L'arrivée du terme ne met pas de plein droit le débiteur en demeure ; il faut une interpellation du créancier.

DROIT FRANÇAIS

Positions prises dans la Thèse.

I. — Le testament d'un individu, atteint de monomanie, doit être validé, quand la maladie n'a pas fait sentir son influence dans l'acte.

II. — L'interdit judiciairement peut tester, donner et se marier dans un intervalle lucide.

III. — L'interdit légalement peut tester.

IV. — Pour déterminer la quotité de biens dont un mineur est capable de disposer par testament, il faut tenir compte, non pas des héritiers à réserve qui existaient au jour de la rédaction, mais de ceux qui, au moment du décès du testateur, acceptent sa succession.

Positions prises en dehors de la Thèse

V. — On peut adopter son enfant naturel reconnu.

VI. — La reconnaissance d'un enfant naturel peut être attaquée comme frauduleuse ou mensongère même par l'auteur de la reconnaissance.

VII. — Les renonçants ne comptent pas dans le calcul de la quotité disponible.

VIII. — Le contrat, dans les conventions qui se lient par correspondance, n'est définitivement formé, qu'au moment où la personne qui a reçu l'offre s'est dessaisi de la lettre contenant son acceptation.

DROIT INTERNATIONAL

I. — En cas d'annexion d'une fraction du territoire d'un Etat à un autre Etat, c'est au domicile qu'il faut

s'attacher pour déterminer quelles sont les personnes qui changent de nationalité.

II.— Les habitants d'un territoire annexé, tant qu'ils n'ont pas manifesté leur volonté de conserver leur ancienne nationalité, doivent être considérés comme ayant acquis à partir du jour de la cession de souveraineté la nationalité du conquérant.

III. — On ne peut pas traduire un état étranger devant les tribunaux français, même à l'occasion des contrats qu'il a conclus avec des particuliers.

IV. — Les tribunaux français peuvent réviser au fond le jugement d'un tribunal étranger dont on demande l'exéquatur en France.

Le Président,

L. RENAULT.

Vu par le Doyen :

COLMET DE SANTERRE.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER,

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris :

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

CHAPITRE I ^{er} . — ORIGINE DU TESTAMENT A ROME.	1
§ I. — La propriété collective de la famille a fait obstacle au testament.	2
§ II. — Évolution vers la propriété individuelle.	4
§ III. — La succession légitime a précédé le testament	9
CHAPITRE II.	15
§ I. — Le testament prend naissance.	15
§ II. — Extension progressive du droit de tester	16
§ III. — Modifications successives apportées à la forme du testament	18
§ IV. — Nature du testament à Rome.	20
CHAPITRE III. — CAPACITÉ DE TESTER	22
CHAPITRE IV. — INCAPABLES PAR DÉFAUT DE LA CAPACITÉ DE DROIT.	25
§ I. — Les esclaves.	25
§ II. — Les fils de famille.	34
§ III. — Les pérégrins.	41
§ IV. — Incapacité des femmes	51

§ V. — <i>Intestabilis</i>	65
CHAPITRE V. — INCAPABLES PAR DÉFAUT DE LA CAPACITÉ DE FAIT	68
I. — Incapacités résultant de l'état des facultés morales.	68
§ I. — Impubères	68
§ II. — Les fous	77
§ III. — Prodiges interdits.	84
CHAPITRE VI. — SUBSTITUTION PUPILLAIRE ET QUASI PUPILLAIRE.	89
§ I. — Substitution pupillaire	89
§ II. — Substitution quasi pupillaire	102
CHAPITRE VII. — INCAPACITÉS RÉSULTANT DE L'ÉTAT DES FACULTÉS PHYSIQUES, SOURDS, MUETS, AVEUGLES	107
RÉSUMÉ.	111

DROIT COUTUMIER

CHAPITRE I. — DROIT SUCCESSORAL DES COUTUMES OPPOSÉ A CELUI DU DROIT ROMAIN. — Son origine est dans le droit germanique.	113
CHAPITRE II.	119
§ I. — Les serfs.	119
§ II. — L'incapacité du fils de famille n'existe pas en pays de coutumes.	123
CHAPITRE III. — INCAPACITÉ DES AUBAINS.	125
§ I. — Distinction des Aubains et des Pérégrins.	125
§ II. — Période révolutionnaire	134
§ III. — Système du code civil	135
§ IV. — Loi du 14 juillet 1819.	137

DROIT FRANÇAIS

INTRODUCTION.....	139
§ 1. — Il n'y a pas lieu de préférer la suc- cession légitime au testament.....	139
§ 2. — Différentes causes entraînant incapa- cité de tester.....	148

I^{re} PARTIE

CHAPITRE I ^{er} . — INCAPACITÉ DE TESTER RÉSULTANT DE L'INSANITÉ D'ESPRIT.....	151
§ 1. — Caractère spécial de l'article 901 C. c.	151
§ 2. — Différence entre l'incapacité de l'arti- cle 901 et celle qui résulte de l'inter- diction judiciaire.....	158
CHAPITRE II. — CAUSES DONNANT LIEU A L'APPLICATION DE L'ARTICLE 901.....	163
§ 1. — Folie proprement dite.....	164
Folie continue.....	165
§ 2. — Folie intermittente et intervalles luci- des.....	167
§ 3. — Folie totale et folie partielle.....	173
CHAPITRE III. — AFFAIBLISSEMENT DE L'ESPRIT RÉSULTANT DE L'ÉTAT DU CORPS.....	179
§ 1. — La douleur physique, la fièvre, l'i- vresse.....	179
§ 2. — De la vieillesse, de la maladie dont on meurt, du suicide.....	187
§ 3. — Infirmités apportant un obstacle à la confection d'un testament.....	196
CHAPITRE IV. — INCAPACITÉS RÉSULTANT DE SENTIMENTS POUSSÉS A L'EXCÈS.....	205
CHAPITRE V. — DE LA PREUVE DE L'INSANITÉ D'ESPRIT..	212
§ 1. — Il n'existe aucune limite légale à la preuve de l'insanité d'esprit du testa- teur.....	212
§ 2. — Moyens de preuve.....	217
§ 3. — Le demandeur en nullité doit articuler des faits précis de folie.....	223

CHAPITRE VI. — INTERDICTION JUDICIAIRE. — SES EFFETS	
SUR LA CAPACITÉ DE DISPOSER.....	229
§ 1. — L'interdit judiciairement peut-il tester.	229
Première opinion (il ne peut pas tester).....	230
§ 2. — Deuxième opinion (l'interdit judiciairement peut tester).....	236
L'interdit judiciairement peut-il faire une donation	244
§ 3. — Du testament des prodigues et des faibles d'esprit	247
Des aliénés internés d'après la loi du 30 juin 1838.....	253
CHAPITRE VII. — DES VICES DU CONSENTEMENT.....	255
— Violence.....	257
— Dol, suggestion et captation.....	259
— Erreur.....	267
— Preuve des vices du consentement.	269

II^e PARTIE

CHAPITRE I ^{er} . — INCAPACITÉ DES MINEURS DE DISPOSER A TITRE GRATUIT.....	271
§ 1. — Age au-dessous duquel le mineur ne peut pas disposer à titre gratuit....	271
§ 2. — Raisons qui ont fait admettre la capacité restreinte du mineur de faire un testament.....	276
CHAPITRE II. — DIFFÉRENCE ENTRE L'INCAPACITÉ DES MINEURS ET L'INDISPONIBILITÉ RÉSULTANT DE LA PRÉSENCE D'HÉRITIERS A RÉSERVE	282
CHAPITRE III	292
§ 1. — Le mineur peut-il faire un legs universel?.....	292
§ 2. — Du legs d'usufruit	293
CHAPITRE IV. — COMMENT PROCÉDERA-T-ON A LA RÉPARTITION ENTRE LES HÉRITIERS LÉGITIMES, DE LA PORTION DONT LE MINEUR EST INCAPABLE DE DISPOSER?.....	297
§ 1. — Première hypothèse : Le mineur laisse	

	un ascendant maternel, un collatéral de la ligne paternelle et un légataire étranger.....	297
§ 2. —	Deuxième hypothèse: L'ascendant est légataire.....	301
	Troisième hypothèse.....	304

CHAPITRE V. —	CAPACITÉ DES MINEURS DE DISPOSER A TITRE GRATUIT EN CAS DE MARIAGE...	306
---------------	--	-----

III^e PARTIE

CHAPITRE I ^{er} . —	INCAPACITÉ DE DISPOSER A TITRE GRA- TUIT, RÉSULTANT D'UNE CONDAMNATION CRIMINELLE.....	311
§ 1. —	Condamnations qui portent atteinte à la capacité civile.....	311
§ 2. —	De l'interdiction légale.....	314
	Ses effets : 1 ^{er} système.....	314
	2 ^e système.....	316
	3 ^e système.....	317
§ 3. —	Le condamné par contumace est-il en état d'interdiction légale?.....	321
§ 4. —	A quel moment commence l'interdic- tion légale?.....	325

CHAPITRE II. —	INCAPACITÉ RÉSULTANT D'UNE CONDAMNA- TION A UNE PEINE PERPÉTUELLE. — I. MORT CIVILE.....	327
§ 1. —	Quand la mort civile était-elle encou- rue?.....	327
§ 2. —	Effets de la mort civile.....	330
§ 3. —	La grâce effaçait-elle les incapacités de la mort civile?.....	333
§ 4. —	Restrictions apportées aux règles de la mort civile en cas de déportation	339

CHAPITRE III. — II. —	LOI DU 31 MAI 1854.....	341
§ 1. —	La mort civile est abolie et remplacée par la dégradation civique et l'inter- diction légale.....	341
§ 2. —	Incapacités spéciales résultant de l'ar- ticle 3 de la loi du 31 mai 1854.....	34

Personne ne peut exercer au nom du condamné les droits que lui enlève l'article 3 de la loi de 1854.....	352
§ 3. — Quelle est, sous l'empire de la loi du 31 mai 1854, la condition des con- damnés par contumace?.....	355
§ 4. — Reproches qu'on peut adresser à la loi de 1854.....	360
CHAPITRE IV.....	365
§ 1. — Droit du gouvernement de relever les condamnés à une peine perpétuelle, de tout ou partie des incapacités dont ils sont frappés par la loi du 31 mai 1854.	365
§ 2. — La restitution du droit de disposer à titre gratuit des biens restés en France, n'emporte pas par elle-même la restitution du droit de s'obliger sur eux.....	367
§ 3. — Quelle est la nature de ce droit de re- mise du gouvernement.....	372
CHAPITRE V. — LOI DES 25-28 MARS 1873 SUR LES DÉPOR- TÉS A LA NOUVELLE-CALÉDONIE.....	375
Dispositions spéciales relatives au droit de disposer à titre gratuit.....	375
POSITIONS.....	383

